

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La acusación particular y el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Autor: Juan Andrés Salas Burbano

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2017

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, JUAN ANDRÉS SALAS BURBANO, autor de la tesis intitulada LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MAGISTER en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1.- Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en Internet.

2.- Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3.- En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso.

Quito, 13 de febrero de 2017.

Abg. Juan Andrés Salas Burbano

RESUMEN

La acusación particular se constituía, según el derogado Código de Procedimiento Penal, en el instrumento mediante el cual se habilitaba a la víctima a intervenir como parte procesal dentro de un juicio penal, ello implicaba entre sus principales efectos, que al ser acusador particular tendría la posibilidad de: pedir y actuar prueba durante el proceso, interponer recursos a los fallos del juez o tribunal y finalmente la capacidad de ejecutar oportunamente la indemnización, de existir una sentencia condenatoria sin recurrir a un nuevo proceso en la vía civil, derechos y actuaciones que no eran factibles en caso que la víctima no se presentase como acusadora particular.

Por otro lado, la Constitución de la República sin que exista o haga depender de la existencia de una acusación particular, otorga en el plano formal el derecho a una tutela efectiva de derechos, la posibilidad de contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa, el derecho a ser escuchado oportunamente en igualdad de condiciones, la capacidad de recurrir del fallo o resolución en los procedimientos, y el derecho de ser reparado oportunamente como víctima de un delito. Lo prescrito en la Constitución es consecuencia de lo establecido por tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, que dentro de sus postulados decreta la plena igualdad entre las partes dentro de un proceso, así como la posibilidad de recurrir de un fallo ante un juez o tribunal superior.

El análisis de la aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, dará como resultado que la acusación particular debe ser excluida totalmente del ordenamiento jurídico ya que es un limitante de los derechos de la víctima; no obstante, que el Código Orgánico Integral Penal ha modificado la realidad procesal al respecto; puesto que ahora la víctima ha resurgido y es parte procesal sin la necesidad de la presentación de la acusación particular, por lo investigado en la presente tesis representa un notable avance jurídico para Ecuador.

DEDICATORIA

A mis padres quienes siempre han creído en mí.

AGRADECIMIENTO

**A todo el personal docente y administrativo de la Universidad Andina
Simón Bolívar, sus enseñanzas jamás serán olvidadas.**

Tabla de contenido

CAPÍTULO PRIMERO.....	8
1 LA VÍCTIMA.....	8
1.1 DEFINICIÓN.....	8
1.1.1. Concepción etimológica.....	8
1.1.2. Concepción gramatical.....	8
1.1.3. Concepción doctrinaria.....	9
1.2 EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN LA HISTORIA.....	10
1.3 TIPOLOGÍA.....	11
1.4 RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMA.....	13
1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	14
1.4.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	15
1.4.3 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.....	17
1.4.4 Constitución de la República del Ecuador.....	18
1.4.5 Código de Procedimiento Penal.....	20
1.4.6 Código Orgánico Integral Penal.....	21
CAPÍTULO SEGUNDO	24
2 LA ACUSACIÓN PARTICULAR	24
2.1 CONCEPCIÓN DOCTRINARIA.....	24
2.2 EL ACUSADOR PARTICULAR EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEROGADO.....	25
2.2.1 Primer efecto.- Constituye al ofendido en parte dentro del proceso penal.....	27
2.2.2 Segundo efecto.- Establece la obligatoriedad de remitir el dictamen abstentivo al fiscal superior para que revoque o ratifique el pronunciamiento del inferior.....	30
2.2.3 Tercer efecto.-Faculta la interposición de recursos.....	31
2.2.4 Cuarto efecto.- Permite la obtención de una reparación para la víctima dentro del proceso penal.....	34
2.3 EL ACUSADOR PARTICULAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	35
CAPÍTULO TERCERO	40
3 CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO	40
3.1 TEST DE RAZONABILIDAD.....	40
3.2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	42
3.3 CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO.....	48
3.3.1 Afectación al debido proceso y al derecho de igualdad por incapacidad de generar indicios y actuar prueba dentro de un proceso penal.....	50

3.3.2	<i>Afectación al debido proceso y al derecho de apelación por incapacidad de impugnar resoluciones judiciales.</i>	54
3.3.3	<i>Afectación al debido proceso y al derecho de obtener una reparación oportuna por el inicio de un nuevo proceso judicial.</i>	57
CAPÍTULO CUARTO.....		62
4	CONTROL CONSTITUCIONAL CONCRETO.....	62
4.1	ANTECEDENTES Y ACTUACIONES JUDICIALES.	63
4.2	CONTROL CONSTITUCIONAL CONCRETO.....	69
4.2.1	<i>Afectación al debido proceso y al derecho de igualdad por incapacidad de generar indicios y actuar prueba dentro de un proceso penal.</i>	69
4.2.2	<i>Afectación al debido proceso y al derecho de apelación por incapacidad de impugnar resoluciones judiciales.</i>	73
4.2.3	<i>Afectación al debido proceso y al derecho de obtener una reparación oportuna por el inicio de un nuevo proceso judicial.</i>	77
CONCLUSIONES.....		81
BIBLIOGRAFÍA.....		85

Capítulo Primero

1 La víctima

1.1 Definición.

1.1.1. Concepción etimológica.

El origen primigenio del idioma castellano es el latín de donde proviene el término “víctima” mismo que identificaba a la persona o animal sacrificado.¹

Elías Neuman refiere que el origen de la palabra viene de *vincire*; es decir, de los animales que se sacrificaban a los dioses y deidades. Con el pasar del tiempo, los términos se fusionaron y adquirieron otras concepciones que son las acordes a lo que ahora entendemos por víctima; así, adquirieron distinta escritura y locución dependiendo de la lengua, por ejemplo: *victim* en inglés, *victime* en francés y *vittime* en italiano.²

1.1.2. Concepción gramatical.

El Diccionario de la Lengua Española otorga cuatro significados al vocablo víctima: 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio; 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra; 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita; y 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.³

En la primera acepción es evidente la coincidencia con el significado etimológico respecto a la existencia de un sacrificio, la segunda definición no es aplicable al tema, pero sería aplicable a casos de eutanasia directa,⁴ respecto, de la persona que la realiza sobre otro ser humano; por otro lado la tercera y la cuarta

¹ David Lorenzo Morillas Fernández, Rosa María Patro Hernández y Marta María Aguilar Cárceres, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2a. ed. (Madrid: Dykinson, 2011), 96.

² Elías Neuman, *Las víctimas del sistema Penal* (Córdoba, 1983), 17, citado por Verny Enrique Zúñiga Calabaceta, “La Victimología desde la perspectiva de los derechos humanos” (tesis, Universidad Iberoamericana, México D. F., 2005), 13.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed. (Madrid: Espasa, 2001).

⁴ Morillas Fernández, Patro Hernández y Aguilar Cáceres, *Victimología*, 97.

definición relevantes para el tema, puesto que permiten tener presente un concepto de partida para conocer qué es lo que modernamente se entiende por víctima.

1.1.3. Concepción doctrinaria.

Como primera aproximación al concepto doctrinario, víctima es aquella persona natural o jurídica que como consecuencia de un mal causado de forma voluntaria o fortuita padece las consecuencias negativas de tal hecho.⁵

En un intento por dar un concepto amplio que busca incluir a las demás personas que resultan partícipes de un delito desde la óptica del daño recibido, más no por sufrir directamente la lesión, tenemos que víctima serán todos quienes sufren las consecuencias directas o indirectas generadas por la comisión de tal acto.⁶

Rodríguez Manzanera entiende a la víctima como “La persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción, se entiende que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos”,⁷ este concepto contemporáneo no deja de lado las nociones clásicas.

Entrando ya en definiciones legales y adelantando lo establecido en instrumentos internacionales, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, construye varias definiciones sobre víctimas:

Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.⁸

El concepto previsto es fundamental ya que forma parte del instrumento internacional específico sobre el tema.

⁵ Paul Zvonimir Separovic, *Victimology, I symposium de Victimología* (Alemania, 1973), citado por Fiscalía General del Estado, *Vademecún Victimológico* (Quito: GR Gráficas, 2010): 70.

⁶ Luis M. Reyna Alfaro, “La víctima en el proceso penal”, en Bernd Schumann, comp., *La víctima en el proceso penal* (Lima: Editorial Grijley, 2006), 116.

⁷ Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología: Estudio de la víctima* (México, 1990), citado por José Francisco Leyton Jiménez, *Víctimas, proceso penal y reparación* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008): 33.

⁸ *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* (1985),
https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf.

1.2 El papel de la víctima en la historia.

Es importante realizar una breve reminiscencia de la relevancia del papel de la víctima dentro del Derecho Penal para comprender mejor su exclusión en el proceso.

El profesor Jesús María Silva Sánchez, en la historia del Derecho Penal distingue dos grandes fases en cuanto a la relevancia del papel de la víctima. La primera en el derecho romano primitivo, es decir en el derecho de los pueblos germánicos y, en alguna medida, en el derecho medieval,⁹ periodos denominados como “*edad de oro de la víctima*”. En esta etapa, la toma de acciones ante un presunto delito estaba en manos del sujeto pasivo del mismo o de sus familiares, y la devolución de la ofensa recaía de igual forma sobre el sujeto activo del mismo o sobre sus familiares, la venganza privada se constituía en el derecho penal vigente.

Debe entenderse que la venganza privada era el primer impulso o la primera reacción; sin embargo, tal como manifiesta Zaffaroni, los clanes eran unidades económicas y militares, perder un miembro o iniciar una guerra con otro clan importaba un costo muy alto, así se procuraba solucionar el conflicto mediante una indemnización o bien por ordalías,¹⁰ las mismas que usualmente implicaban un duelo en donde la persona que ganaba era quien tenía la razón por contar con la bendición de Dios.

Con el avance del tiempo, se observa la segunda etapa en torno al papel de la víctima, la misma se da durante la consolidación del derecho penal como derecho público y con el advenimiento del Estado moderno, es ya posible hablar del ejercicio del *ius puniendi* es un monopolio por parte del Estado.¹¹

El cambio que se dio de un derecho penal caracterizado por la venganza privada a un derecho penal público conllevó algunas ventajas, tanto en términos de paz social, como de imparcialidad y proporcionalidad,¹² pero, dicho sea de paso, también fue el comienzo de un largo proceso de postergación de la víctima en el derecho penal.

Foucault ofrece una valiosísima información de las razones por las cuales surgió y se consolidó la segunda fase del papel de las víctimas, esto es, el modelo confiscatorio.

⁹ Jesús María Silva Sánchez, *Perspectivas sobre la política criminal moderna* (Barcelona: Ábaco, 1998), 145.

¹⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 166.

¹¹ Silva Sánchez, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, 146.

¹² *Ibíd.*

Éste tendría su inicio en los albores del feudalismo cuando no se había consolidado totalmente el comercio como medio para la circulación de bienes, existiendo la transmisión hereditaria, y los enfrentamientos bélicos y judiciales como mecanismos casi exclusivos de transmisión de bienes; y basándose en que la venganza privada era un método parcializado y desproporcionado. La solución nace casi automáticamente al imponerse un modelo diferente que racionalizaba el pleito judicial; así, quienes tenían el derecho de ordenar y controlar ese pleito judicial tomaron particular interés en el mismo al ser un medio de acumulación de riquezas.¹³

Hacia el siglo XII aparece en Europa el procurador como representante del soberano, rey o señor; al haber una lesión, la cuestión ya no se resolverá entre partes, sino que involucrará al señor. Al mismo tiempo aparece el mecanismo de las multas, las grandes monarquías occidentales se sustentaron en la riqueza acumulada por medio de las confiscaciones¹⁴ en un sistema vertical.

Para finalizar la explicación sobre este punto, Zaffaroni concluye que cuando el delito pasó de ser lesión contra la víctima a crimen contra el soberano, de lesión a un ser humano a lesión contra la autoridad, la lesión perdió importancia y se fue subjetivando como enemistad contra el soberano,¹⁵ la pena perdió su chance de reparar, y ahora neutraliza al enemigo, el verdadero origen de la exclusión de la víctima dentro de los procesos responde a un sistema viciado desde su origen que lo único que procuraba era la concentración del poder en el regente.

1.3 Tipología.

Las tipologías victimales son clasificaciones o categorizaciones desarrolladas por diversos tratadistas a fin de estudiar en profundidad cuál es la relación de las víctimas frente a la infracción su agresor y la sociedad.

Entre las tipologías clásicas está la de Mendelsohn, considerado como el padre de la victimología, quien se centra en los grados de interacción por los cuales la víctima es partícipe o responsable de su victimización; siendo una de sus características la

¹³ Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas* (ciclo de Conferencias dictadas en Río de Janeiro del 21 de mayo al 25 de mayo de 1973 en la Pontificia Universidade Catolica do Río de Janeiro), <<https://docs.google.com/file/d/0B6PUD2igYgiSak16aklFOHFzYUE/edit?pli=1>>.

¹⁴ Foucault, , *La verdad y las formas jurídicas*.

¹⁵ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 166.

existencia de una relación inversa entre la culpabilidad del agresor y la del ofendido, a mayor responsabilidad de uno menor culpabilidad del otro, la utilidad de la presente clasificación no solo permite un estudio de las relaciones entre víctima, victimario y delito, sino que propone una guía práctica a fin de cuantificar la pena.¹⁶

Dentro de su clasificación tenemos algunas de sus categorías victímales y principalmente los extremos de la relación:

A) Víctima completamente inocente o víctima ideal, siendo aquella que nada ha hecho o en nada ha aportado para desencadenar la situación criminal. Un niño supondría un tipo de víctima que representaría las características ideales para atentar contra su persona.

B) Víctima más culpable que el infractor, en este caso la víctima ha favorecido determinadamente la acción del criminal:

- a) Víctima provocadora: quien incita y promueve la comisión del delito en su contra por su propia conducta.
- b) Víctima imprudente: es la que obviando cuidados mínimos se arriesga a ser atacada por el infractor.

No se debe descartar la importancia de los aportes de Mendelsohn; sin embargo, dentro de su categorización existen algunas concepciones anacrónicas, como el considerar que el suicida es víctima o el establecer dentro de sus categorías el caso del “amante trágico”, en donde una pareja quita la vida de su compañero y posteriormente se suicida.

Dentro de las clasificaciones contemporáneas tenemos los aportes de Jiménez de Asúa quien analiza a la víctima desde la óptica del agresor y de la resistencia o no a la infracción.

Elabora una tipología partiendo del plano y la óptica en los que se mueve el delincuente. Ubica a las víctimas en dos categorías sustanciales:¹⁷

A) Víctimas indiferentes, en donde al victimario le es irrelevante la víctima contra la cual comete un delito, no interesa ninguna de sus condiciones, el victimario sale a la calle con la intención de atacar a cualquiera.

¹⁶ Morillas Fernández, Patro Hernández y Aguilar Cáceres, *Victimología*, 96.

¹⁷ Moises Ponce, “Estudio de las víctimas y su relación con el delito”, Universidad de Valencia, en <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5fMimTXuLcAJ:https://dpsiquiatriaypsicologiaforense.files.wordpress.com/2012/05/09-victimologia-magister.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec.>>

B) Víctimas determinadas, en donde importa determinada condición de las víctimas y por tal son elegidas específicamente por el victimario.

La clasificación presentada por Jiménez de Asúa es sencilla y reviste suficiente lógica para adoptarla y entender factores criminológicos e incluso la aplicación de agravantes o atenuantes, y además ha servido de fuente inspiradora para posteriores clasificaciones como las de Landrove, quien ubica a las víctimas como fungibles o infungibles,¹⁸ dependiendo de si han participado de la génesis del delito por determinadas características propias.

1.4 Reconocimiento normativo de los derechos de las víctima.

Una vez revisada la definición del vocablo víctima, analizado su papel relevante dentro del proceso a través de la historia y la clasificación; en el presente acápite, se fijará un marco general pero jurídico de los derechos de las víctimas contenidos en las normativas internacionales de derechos humanos, en la Constitución, y en otros cuerpos legales.

El bloque de constitucionalidad, dota de jerarquía constitucional a normas internacionales sobre derechos humanos, que no estuvieron incluidas en la institucionalidad jurídica del Ecuador, con el fin de interpretarlas sistemáticamente. La inclusión de normas internacionales sobre derechos humanos dentro del bloque constitucional tiene tres efectos jurídicos: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pasan a ser considerados parámetros de constitucionalidad paralelos y concurrentes con las normas constitucionales, en donde de encontrar oposición en la normativa interna la consecuencia sería una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones judiciales destinadas a tutelar derechos constitucionales.¹⁹

La superioridad jurídica de la Constitución del Ecuador no se discute al referirnos al bloque de constitucionalidad, ello está claramente establecido en el Título

¹⁸ Gerardo Landrove Díaz, *Victimología*. (Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 1990), 19-33.

¹⁹ Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Antoniazzi, Mariela Morales, comp. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, 1ra ed. (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014), 301.

IX de la Constitución, donde incluso se establece un orden de aplicación entre las normas.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.²⁰

El bloque de constitucionalidad no tendrá otro fin distinto a ofrecer un marco del máximo respeto a los derechos humanos con subsecuente obligación estatal de respetarlos y hacerlos respetar.

1.4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos revisten trascendental importancia a todo nivel, en el plano formal decretan igualdades entre todos los seres humanos, reconociendo igualdad en dignidad y derechos.

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.²¹

²⁰ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], arts. 424-425 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.). En adelante se citado como CRE.

²¹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

La Declaración Universal de Derechos Humanos regula también aspectos a nivel de los procesos judiciales, sin que le sea excepción la igualdad entre las partes es así que establece:

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.²²

De los artículos de la Declaración citados se advierte que dentro de un proceso judicial y aplicando el tenor literal del contenido, no hay razón para que la ley particular de un país signatario diferencie a los involucrados. El artículo 30 de la Declaración de Derechos Humanos manda que: [...] Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.²³

En todo proceso judicial, y sin duda dentro de un proceso penal, no existir razón alguna para que una de las partes, tenga un bloqueo legal en el reconocimiento de sus derechos.

1.4.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El valor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es absoluto y entre sus postulados de mayor impacto para conocer los derechos de las víctimas instaurados a nivel internacional tenemos:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones

²² Ibíd.

²³ Ibíd.

de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, Fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.²⁴

La normativa de la Convención Americana señala que los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención a toda persona sin discriminación alguna, razón por la cual las personas tendrán derechos fundamentales como lo son la posibilidad de ser oídos por un juez o Tribunal y, por sobre todo, la capacidad de recurrir un fallo ante un juez o Tribunal Superior, garantías constitutivas del debido proceso.

Dentro de los varios artículos de la Convención, es evidente la preponderancia de ellos que prevén la igualdad ante la ley y la igual protección de ella para las personas:

[...] Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley²⁵.

[...] Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²⁶

²⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

Dentro del acápite de protección judicial, se recalca la posibilidad de recursos sencillos, rápidos ante jueces y tribunales cuando existan actos que violen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en su ley o en la Convención.

1.4.3 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Siendo un instrumento muy específico para el tema, es necesario indicar que el 29 de noviembre de 1985 fue una fecha histórica para el reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso de poder, la Asamblea General de la ONU aprobó su resolución 40/34 y así el presente instrumento.

Dentro del texto encontramos varias definiciones sobre las víctimas, tales como:

Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.²⁷

Esta Declaración es una herramienta fundamental, puesto que no solo fija los parámetros internacionales y vinculantes sobre los conceptos de víctimas, sino que otorga directrices obligatorias que deberán inspirar cambios legales a nivel interno o al menos modificar las actuaciones de las funciones del Estado por intermedio de los servidores.

En el mismo sentido, la Declaración va más allá y otorga derechos y obligaciones puntuales, en lo referente al acceso a la justicia y trato justo, manifiesta que debe primar la compasión y respeto por la dignidad de las víctimas, así como asegurar que los mecanismos de acceso a la justicia sean expeditos, poco costosos y accesibles, velando por una pronta reparación del daño sufrido por lo que señala:

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

²⁷ *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* (1985),
<https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf>.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Respecto a los procesos judiciales, la Declaración manda en su numeral 6 que los Estados y los operadores de justicia según corresponda en cuanto a sus competencias, deberán adecuar los procesos judiciales y administrativos:

[...] a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.²⁸

Así también, la Declaración insta al empleo de mecanismos oficiosos para la solución de conflictos, sin desconocer aquellos acuerdos que se puedan alcanzar mediante la justicia consuetudinaria para obtener conciliaciones y reparación a favor de las víctimas, conceptos ya pensados en 1985, pero que son observables en la actualidad bajo modernas corrientes del regreso a la inclusión de la víctima al proceso.

1.4.4 Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del ordenamiento jurídico de Ecuador y en lo que concierne a nuestra norma suprema vigente, esto es la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, existen algunos apartados respecto a las víctimas que deben ser tomados en cuenta, puesto que indudablemente los derechos y prerrogativas que la misma prevé son de mandatorio cumplimiento y observación.

²⁸ *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* (1985),
<https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf>.

En el título segundo, capítulo tercero, artículo 35 ubica como un grupo de atención prioritaria a las víctimas, puntualiza que recibirán trato prioritario aquellas que han padecido violencia doméstica, sexual, maltrato infantil o desastres naturales o antropogénicos.²⁹

Sumado a ello, el derecho a la igualdad, que en el Art. 11, numeral 2, donde establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades;³⁰ en el art. 66, en su numeral 4, señala la igualdad formal, igualdad material y no discriminación,³¹ la igualdad formal debe ser entendida como el derecho a la igualdad ante la ley y en un sentido mucho más concreto, la generalidad de la ley y su aplicación a todos los individuos; mientras que la igualdad material atañe a los efectos igualitarios y palpables que las normas deben lograr, conceptos doctrinarios cargados de sentido que bajo ningún concepto podrían promover o afianzar que una víctima identificada como un grupo vulnerable pueda ser diferenciada del acusador particular.

En el Art. 76, numeral 7, literal c) se establece parámetros mínimos del derecho a la defensa, sin que estos le sean excluidos a las víctimas al ser los titulares de bienes jurídicos afectados por la infracción, a quienes se les debe permitir ser escuchados en igualdad de condiciones y en el momento oportuno,³² lo que daría paso a un pleno equiparamiento entre la víctima y cualquier otra parte procesal dentro del juicio, abriéndose, entre otros derechos, la capacidad de actuar prueba, apelar resoluciones judiciales, actos procesales que no tiene derecho la víctima por no presentar acusación particular.

En el Art. 78 de la Constitución, se ha consagrado el derecho a una reparación integral sin dilaciones para las víctimas de infracciones penales,³³ disposición que debe ser entendida y aplicada directa e inmediatamente, la norma es clara y ante una condena en la cual se establece una reparación para la víctima, esta debe ser ejecutada ágilmente, dentro del mismo proceso principal procurando la concentración de las actuaciones procesales y con la mayor celeridad.

²⁹ Green Facts, facts on Health and Enviroment, definición de término antropogénico, <<http://www.greenfacts.org/es/glosario/abc/antropogenico.htm>>.

³⁰ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 (20 octubre de 2008).

³¹ Ibíd.

³² Ibíd.

³³ Ibíd.

1.4.5 Código de Procedimiento Penal.

El penúltimo Código de Procedimiento Penal, data del año 2001 y se caracterizó por introducir un sistema acusatorio con división de los roles de juzgamiento e investigación, normativa vigente hasta la actual vigencia del Código Orgánico Integral Penal aplicable desde el 10 de agosto de 2014.

Entre los derechos que se les reconocía a las víctimas bajo el término de ofendidos según el artículo 69 del Procedimiento Penal, tenemos: intervenir en el proceso penal como acusador particular; derecho a ser informado por la Fiscalía del estado de la indagación preprocesal y de la instrucción, a ser informado del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en él; a presentar ante el fiscal superior quejas respecto de la actuación del fiscal; a solicitar al juez de turno que requiera del fiscal que se pronuncie sobre si archiva la denuncia o inicia la instrucción; a que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la policía, el fiscal, el juez de garantías penales y el tribunal de garantías penales adopten las medidas necesarias; y a reclamar la indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, conforme con las reglas de este Código, haya propuesto o no acusación particular.³⁴

Los artículos 52, 60 y 63 del Código de Procedimiento Penal revisten de particular importancia para esta tesis, ya que establecen que el ofendido puede proponer acusación, desistir a una ya propuesta o renunciar al derecho de proponer una, exceptuando para efectos de la renuncia de la interposición a padres, tutores o curadores, representantes de instituciones públicas y para los ofendidos de delitos de violencia intrafamiliar.³⁵

Lo expresado en los artículos citados es de vital importancia, puesto que al exigir la interposición de una acusación particular para las instituciones del Estado, devela la lógica de nuestro sistema al reconocer que la única posibilidad real de actuación de la parte afectada es la interposición de una acusación particular.

En el derogado Código de Procedimiento Penal, la víctima es abordada funcionalmente, y tal como manifiesta Zaffaroni sobre el papel de las víctimas en las

³⁴ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 360 (13 enero de 2000). En adelante se citará como CPP.

³⁵ *Ibíd.*

legislaciones penales, esta es importante hasta que el Estado según el desarrollo del proceso la necesite;³⁶ su derogación debe ser entendida como un notable avance, los derechos que ahora se otorgan a la víctima y el reconocimiento de sus derechos mediante el Código Orgánico Integral Penal, así como el obligatorio establecimiento de la reparación integral; en efecto, canalizan por primera vez una normativa penal interna a los estándares de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

1.4.6 Código Orgánico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el 10 de agosto del 2014, se constituye en un esfuerzo por codificar dentro de un mismo cuerpo normativo tanto la parte sustantiva como la adjetiva de la ley penal ecuatoriana. A más de ello, ha introducido reformas medulares dentro de dichos ámbitos el efectivo reconocimiento de los derechos de la víctima dentro de un proceso penal.

El artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal establece que su finalidad es el normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.³⁷

El Código Orgánico Integral Penal al referirse a las víctimas en primer lugar sitúa a los directamente afectados por la infracción o a quienes han sufrido un daño indirecto, sean personas naturales o jurídicas. Se incluye las afecciones psicológicas derivadas de un delito o contravención, la o el cónyuge, pareja en unión libre, ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas afectadas, los socios o accionistas de una compañía por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores, el Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción y las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

El artículo 11 ya refiere algunos de los derechos de las víctimas a quienes les garantiza: participar en el proceso o dejar de hacerlo en cualquier momento, ingresar al Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas, incluso se puede optar por

³⁶ Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 8.

³⁷ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014). En adelante se citará como COIP.

estadía temporal o permanente dentro del Ecuador,³⁸ primando aquí razones humanitarias y personales.

Incluso, a fin de una legitimación de la pena, el artículo 52 indica que entre los fines que se persiguen se encuentra la reparación del derecho de la víctima,³⁹ e inclusive, según el artículo 63, también se puede reparar a la comunidad al ejecutar servicio comunitario en cumplimiento de una sentencia cuando la infracción no está sancionada con una pena superior a los seis meses de privación de libertad.⁴⁰

Dentro de la participación de la víctima ante un proceso penal, el artículo 432 le asiste con la posibilidad de presentar acusación particular o renunciar a ella según el artículo 438 del Código Orgánico Integral Penal.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal podemos observar claramente algunas disposiciones que finalmente constituirán derechos y habilitaciones para que la víctima supere la igualdad formal y alcance una igualdad real frente a los derechos de las otras partes procesales, ya que antiguamente con el Código de Procedimiento Penal si la víctima no era parte procesal mediante la interposición de una acusación particular, dichas habilitaciones le eran ajenas pese a ser el principal interesado en el resultado de una causa.

Así entonces como primer punto la víctima tendrá el acceso a las investigaciones previas, disposición que si bien es coincidente con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, es fundamental para las futuras etapas del proceso ya que la libertad probatoria que se le garantiza según el artículo 584 del Código Orgánico Integral Penal, permitirá que requiera del fiscal investigaciones que según su visión aporten a su hipótesis para posteriormente al momento del juicio exponerlas mediante sus alegatos y por sobre todo al poder practicar y presentar su prueba así como poder contradecir la que presente la contraparte según los artículos 614, 615 y 618 del Código Orgánico Integral Penal.⁴¹

En segundo lugar, la víctima como sujeto procesal según las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal puede apelar de la sentencia y así expresar su

³⁸ Ibíd.

³⁹ Ibíd.

⁴⁰ Ibíd.

⁴¹ Ibíd.

inconformidad con el fallo tal como lo refieren los artículos 653 y 654 de la norma citada.

La existencia de un proceso penal, y de un proceso en sí mismo atañe al conjunto de pasos encaminados a obtener un resultado, que para el caso de un proceso penal sería la declaratoria de culpabilidad o la ratificación de la inocencia del procesado, así entonces resultaría paradójico que a la víctima se le deje exponer su pretensión en una audiencia de juicio como vimos anteriormente, pero que por otro lado no se le permita apelar de dicha sentencia si esta no es acorde a sus intereses, ello significaría reducirla a un espectador mudo del proceso, sin capacidad para pedir una revisión de fallo.

Ramiro Aguilar Torres manifiesta que recurrir a los fallos es el mecanismo con el cual se ejerce el derecho de impugnación, impugnación que no es obligatoria y por tal puede renunciarse a la misma o desistirse de la presentada.⁴²

Y finalmente en tercer lugar, de llegar a una declaratoria de culpabilidad, y así entenderse reconocida la vulneración a los bienes jurídicos tutelados de la víctima, como consecuencia directa de la condena, debe imponerse una reparación en favor de la víctima.

Dentro de la decisión se deberá exponer los términos de la reparación integral hacia la víctima. Este hecho también deberá ser plasmado en la sentencia notificada por escrito⁴³, según lo establecen los artículos 619, 622 y 628 del Código Orgánico Integral Penal, basándose en los criterios preestablecidos de reparación objetiva y simbólica de los artículos 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal.⁴⁴

La importancia de la reparación integral es de tal magnitud, que con mucha lógica el Código Orgánico Integral Penal incluso prevé que el juez dicte medidas cautelares⁴⁵ entre las cuales podría ordenar secuestros, incautaciones, retenciones y hasta prohibiciones de enajenar bienes para garantizarla según el Art. 519 numeral 4.

⁴² Ramiro Aguilar Torres, “El recurso de apelación en materia penal”, en *Iuris Dictio* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, noviembre 2015), <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-recurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf>.

⁴³ COIP

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ Ibíd.

Capítulo Segundo

2 La acusación particular

La importancia de este segundo capítulo se basa en efectuar un análisis de lo que implicaba e implica ser acusador particular, puesto que el panorama entre el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal difiere notablemente, ya que actualmente las víctimas son partes procesales y las ventajas presentadas; mientras que antiguamente las víctimas bajo el Código de Procedimiento Penal requerían imperiosamente la existencia de una acusación particular a fin de garantizar el ejercicio de los mismos derechos que ahora ya le son innatos.

2.1 Concepción doctrinaria.

Para Gimeno Sendra y Moreno Catena la acusación particular es:

Un acto de postulación mediante el cual la parte acusadora deduce la pretensión punitiva, y en su caso, de resarcimiento, articulando un escrito en el que expone y califica los hechos punibles investigados en la instrucción, determinan el tema de la prueba y efectúan la primera delimitación del objeto del proceso sobre el que ha de recaer la actividad decisoria del Tribunal⁴⁶.

Al constituir la pretensión y postura de la víctima es la forma como ésta manifiesta su pretensión, por tal su texto debe ser claro y ajustado a las normas legales. La acusación particular es la que promueve el ofendido con el delito buscando obtener la sanción del infractor por parte del órgano jurisdiccional. La titularidad para su ejercicio le corresponde al sujeto pasivo del hecho punible o del titular del bien jurídico afectado por la infracción.

Alberto Binder sostiene que “La acusación es un pedido de Apertura a Juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, la cual contiene una promesa que debe tener fundamento de que el hecho será probado en Juicio”⁴⁷.

⁴⁶ Vicente Gimeno Sendra y Victor Moreno Catena, *Derecho Procesal, Proceso Penal*, citado por Cristóbal Cuéllar Alas, “La Acusación Fiscal y su Control Jurisdiccional en el Proceso Penal Salvadoreño”,(tesis de grado, Universidad De El Salvador, 2000), en <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/5101fa2098069b0506257577004f8e83?OpenDocument>

⁴⁷ Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Editorial S.R.L., 1993), 225.

Por lo que la acusación es un acto con el que la víctima (ofendido) u otro interesado se adhiere al proceso penal, una vez cumplida todas las formalidades prescritas en la norma legal, con el objeto de exponer su pretensión e identificar a los presuntos participantes de la acción punible.

2.2 El acusador particular en el Código de Procedimiento Penal derogado.

En el reciente derogado Código de Procedimiento Penal la acción penal se clasificaba en: pública y privada; donde al fiscal le correspondía el ejercicio de la acción pública; entre tanto, que en la acción privada procedía previa querella del ofendido⁴⁸; en el primer escenario el ofendido es un sujeto procesal, más no parte procesal; mientras que en la acción privada todo el dominio y carga de la acción se encuentra a costa del querellante.

El Dr. Walter Guerrero define a la acusación particular como: “una declaración de conocimiento y voluntad por medio de la cual, la persona facultada por la ley, pone en conocimiento del juez la perpetración de la infracción y se presenta como parte en el proceso penal, con el objeto de ejercer la pretensión penal y civil correspondiente”.⁴⁹

Los efectos de la acusación particular de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, que serán objeto de análisis en el presente acápite son: a) Constituye al ofendido en parte procesal dentro del proceso penal; b) Establece la obligatoriedad de remitir las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o revoque el pronunciamiento del inferior, cuando éste presente un dictamen abstentivo; c) Faculta la interposición de recursos; y d) Permite la obtención de una reparación para la víctima dentro del proceso penal.

Más allá del antecedente referido, existen momentos claves dentro del proceso penal contemplado en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en donde se observaba la importancia de la acusación particular, los cuales permitirán una confrontación entre las normativas del Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal.

⁴⁸ CPP.

⁴⁹ Walter Guerrero Vivanco, *La Acción Penal Tomo II* (Quito: Pudeleco, 2004), 380.

A efecto de ejemplificar las afectaciones que se anuncian a continuación, y evidenciar que estas son reales, reviste particular atención la sentencia No.167-15-SEP-CC, dentro del caso No. 0518-12-EP de la Corte Constitucional del Ecuador de fecha 20 de mayo de 2015.

La misma hace referencia a la interposición de la acción extraordinaria de protección por parte de la doctora Yolanda Paspuezán Soto en calidad de delegada de la Defensoría del Pueblo en la provincia de Imbabura, en contra del auto del 16 de enero de 2012, emitido por el Juez Primero de Garantías Penales de Imbabura, en el cual resolvió negar el recurso de apelación interpuesto por la denunciante en contra del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado de 09 de enero del 2012, emitido por el mismo juez, por un presunto delito de odio, puesto que como manifiesta el juez de la causa la denunciante presentó recurso de apelación que fue negado, en virtud del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal que señala que la o el denunciante no será parte procesal, esto, por cuanto la denunciante presentó acusación particular extemporáneamente.

La representante de la Defensoría del Pueblo presentó acción extraordinaria de protección manifestando que se ha vulnerado el derecho a la defensa, en la garantía de recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre los derechos, en este caso de la recurrente, señora Samia Santos; además, enuncia el principio establecido en el artículo 169 de la Carta Suprema y señala que no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

Como se verá más adelante la Corte Constitucional efectúa un análisis distinto al requerido, y ha mantenido su pronunciamiento en un plano netamente legal, hecho inconcebible con nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, y menos proveniente de la Corte Constitucional.

El fondo de la acción presentada por la Defensoría del Pueblo es atacar a la figura de la acusación particular aduciendo que la misma es un requisito formal por el cual se ha sacrificado el derecho a la defensa; sin embargo, al momento de resolver la Corte Constitucional rechaza la acción extraordinaria de protección por cuanto manifiesta que el cumplimiento de plazos para el ejercicio de derechos no es una mera formalidad, es decir la Corte se basa en la preclusión de las etapas procesales.

El fallo referido será empleado más adelante, para ejemplificar las afectaciones de las víctimas que no propusieron acusación particular. Se debe indicar que bajo ningún punto de vista el principio de preclusión puede ser subestimado, el mismo constituye uno de los pilares de la seguridad jurídica, pero la acción extraordinaria de protección jamás atacó a la preclusión, atacó a la figura de la acusación particular como un formalismo que autoriza el ejercicio de derechos ya otorgados.

2.2.1 Primer efecto.- Constituye al ofendido en parte dentro del proceso penal.

La calidad de ofendido o víctima difiere notablemente de la calidad de parte procesal, la presente distinción se debe realizar y a partir de la misma procesalmente hablando se funda la exclusión de la víctima, la cosificación del conflicto y su fungibilidad.

El ofendido, víctima o denunciante tenía una limitación en cuanto a practicar y contradecir la prueba, impugnar resoluciones y sentencias, lo que evidentemente violaba garantías básicas contenidas en el debido proceso prescrito dentro de los derechos de protección establecidos en la normativa constitucional, y pese a las reformas que fue objeto el Código de Procedimiento Penal en el año 2009, el legislador debió advertir que esta norma legal era abiertamente contraria a los principios constitucionales de igualdad ante la ley, y a la tutela judicial efectiva.

Como señala el Doctor Ramiro Aguilar Torres, en el artículo El Recurso de Apelación: “El ofendido puede actuar en el proceso penal como acusador particular”. En efecto el Código de Procedimiento Penal, al consagrar los derechos del ofendido en el artículo 69 dice que el ofendido tiene derecho a intervenir en el proceso penal como acusador particular. Si el ofendido no ha decidido presentarse al proceso penal como acusador particular, no es parte en el proceso y por ende no podría interponer recurso de apelación”⁵⁰

Para el Código de Procedimiento Penal el estatus de acusador particular es alcanzado mediante la presentación oportuna de una acusación particular según los artículos 55 y 57 del Código de Procedimiento Penal, la misma debe contener datos

⁵⁰Ramiro Aguilar Torres, “*El recurso de apelación en materia penal*”, en Iuris Dictio (Quito: Universidad San Francisco de noviembre 2015), <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-reurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf>.

precisos sobre la identificación de las personas involucradas, la determinación del delito perseguido, la justificación de la calidad de ofendido, los antecedentes de hecho y derecho y la firma del acusador. Posteriormente, la acusación debe ser calificada, aceptada a trámite, e incluso si no es completada, esta se tiene como no presentada, disposición contenida en el Art. 56 del cuerpo legal derogado.

Existen varios ejemplos de la distinción que efectúa el Código de Procedimiento Penal y por supuesto la norma penal no podría ser interpretada extensivamente dejando sin lugar a dudas de lado a la víctima como denunciante o afectado si este no ha propuesto acusación particular, ya que al único que se le toma en cuenta es al acusador particular:

Art. 277.- Comparecencia.- En el día y hora señalados para la celebración de la audiencia del tribunal de garantías penales comparecerán los jueces, el o los acusados, el acusador particular o el procurador común, si hubiere, los defensores, el Fiscal y el secretario.

Art. 281.- Ubicación de las partes.- Constituido el tribunal de garantías penales, el presidente ordenará que el acusado y su defensor, se sitúen a su izquierda, frente al tribunal de garantías penales; y que el Fiscal, el acusador particular y su defensor, se sitúen a su derecha, frente al tribunal de garantías penales.

Art. 286.- Exposición de los sujetos procesales.- A continuación, el Presidente dará la palabra al Fiscal, al acusador particular si lo hubiere y a la defensa del procesado, en ese orden, para que realicen sus exposiciones iniciales respecto a los hechos que son objeto del juzgamiento.⁵¹

El Art. 14 del Código de Procedimiento Penal establecía que se garantiza al fiscal, al procesado, al acusador particular y a las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República y en dicho Código, lo cual haría suponer una equiparación; mas el Art. 15 del mismo cuerpo legal indica que todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad o los derechos del procesado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.

La antinomia que se presentaba entre los artículos 14 y 15 a los cuales se hizo referencia, y esta se resuelve recurriendo al mismo Código, ya que tal como se observará a través de sus normas existen claras diferencias entre quienes intervienen en el proceso, tal es así que la víctima u ofendido es considerado como un sujeto procesal, según el Art. 68 pero ello no equivale a ser una parte procesal, siendo el antecedente de lo anterior el Art. 51 donde señalaba que el denunciante no será parte procesal, lo cual

⁵¹ CPP.

tiene sentido, puesto que una denuncia según el Art. 42 puede ser propuesta por cualquier persona que conozca de la existencia de un delito de acción pública; dicha limitación, esto es, el que no se le considere parte procesal al denunciante, no excluye los casos donde existe convergencia entre denunciante y víctima. Así, aunque el denunciante sea la víctima, esto no le equipara a ser parte procesal.

Se debe distinguir entre tres categorías en cuanto a los sujetos procesales: los sujetos de la relación jurídica sustancial (denunciante), esto es, el titular de un derecho o un bien jurídico protegido que presuntamente ha sido puesto en peligro o que ha sido lesionado; los sujetos de la relación jurídica procesal, quienes intervienen dentro del proceso en su calidad de funcionarios encargados de dirigirlo, dirimirlo (jueces y fiscales); y, las partes⁵², que son aquellos interesados que se encuentran habilitados para comparecer o exigir que se les tome en cuenta, por cuanto existe especial interés para obtener determinado pronunciamiento judicial⁵³. Su habilitación se surge de la titularidad de un derecho más el cumplimiento de las formalidades que el ordenamiento jurídico le requiera, o en su defecto la imputación que se le ha efectuado (acusador particular, procesado).

Muestra de lo referido se obtiene de la sentencia de la Corte Constitucional invocada anteriormente la misma que cita y tienen como fundamento el proceso judicial No. 10251-2011-1527, en donde el juez manifiesta lo siguiente:

[...] Ibarra, lunes 16 de enero del 2012, las 10h32. Agréguese a los autos los escritos que anteceden. Confiérase las copias certificadas solicitadas por R.S, a su costa. Respecto a la apelación que realiza la denunciante S.S, toda vez que no se procesó su acusación particular por haber sido presentada a destiempo, conforme el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "el denunciante no será parte procesal", siendo que los recursos son propios de las partes procesales, se niega su recurso de apelación al auto de sobreseimiento definitivo. Continúe en el archivo la presente causa.⁵⁴

La cita en mención deja sentado que el denunciante no es parte procesal, así debemos entender que pese a ser la persona afectada, jurídicamente dentro del proceso

⁵² Ricardo Vaca Andrade, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 211.

⁵³ Abraham L. Vargas, *Estudios de Derecho Procesal* (Mendoza: Ediciones Cuyo, 1999), 99.

⁵⁴ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No.167-15-SEP-CC, caso No. 0518-12-EP], en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/88656551-0bc2-4125-877a-7dd341f7ea57/0518-12-ep-sen.pdf?guest=true>

no tiene voz ni voto; y, adelanta una de las mayores afectaciones que se tratará en los siguientes párrafos, como lo es la incapacidad de recurrir del fallo.

A los artículos citados, existen otros dentro del Código tales como los artículos 294, 291, 290 y 303, los cuales igualmente identifican al acusador particular como la parte habilitada y a la que se la toma en cuenta durante el desarrollo de un proceso, excluyendo que una víctima sin la calidad de parte procesal alcanzada mediante la presentación de la acusación particular pueda reclamar por los mismos.

El Código de Procedimiento Penal es explícito en cuanto a quienes pueden actuar procesalmente siendo una de estas partes el acusador particular, no la víctima ni denunciante, únicamente se habla de acusador particular, es decir del sujeto procesal calificado como tal, así pues la acusación particular vuelve a la víctima en parte procesal.

2.2.2 Segundo efecto.- Establece la obligatoriedad de remitir el dictamen abstentivo al fiscal superior para que revoque o ratifique el pronunciamiento del inferior.

La importancia de ser acusador particular se ve claramente plasmada en el Art. 226 del Código de Procedimiento Penal derogado.

...Si el Fiscal resuelve no acusar y el delito objeto de la investigación está sancionado con pena de reclusión mayor extraordinaria o especial, así como cuando se trate delitos contra la administración pública, o si hay acusación particular, el Juez de garantías penales deberá en forma obligatoria y motivada, elevar la consulta al Fiscal superior, para que éste ratifique o revoque el dictamen de abstención formulado en la audiencia.

El acusador particular tiene garantizada la revisión del pronunciamiento del fiscal, por parte del Fiscal Provincial, derecho que no puede ser alegado por la víctima u ofendido aún incluso si existiesen suficientes fundamentos para deducir una imputación.

La norma prevé dos supuestos: en primer lugar, el Fiscal Provincial ratifica la abstención o, por el contrario, que debe ocurrir si la abstención es revocada.

De ratificarse la no acusación, el juez de garantías penales deberá emitir el correspondiente auto de sobreseimiento, y en caso de revocatoria, sustanciará la causa con la intervención de un Fiscal distinto del que inicialmente se pronunció por la abstención, quien sustentará la acusación en una nueva audiencia oral.

Entre la posibilidad de la revisión del dictamen fiscal en caso de ser un pronunciamiento abstentivo para el procesado o el automático sobreseimiento que se debe otorgar según el Art. 244 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 251, resulta una evidente ventaja que el dictamen abstentivo al mediar una acusación particular deba obligatoriamente y automáticamente subir en consulta, y aún este sea ratificado, permite una revisión adicional.

A la luz del artículo transcrito se pone de ejemplo el auto de sobreseimiento No.0024-2013 Dictado por el Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas:

Hemos escuchado a todos los integrantes en esta audiencia, corresponde resolver, como es de su conocimiento hay un dictamen abstentivo, el dictamen abstentivo ha sido ratificado por el Fiscal Superior, porque había una acusación particular, tuvo que subir en consulta. De tal manera lo que corresponde es dictar AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DEL PROCESO como a favor de los procesados [...].⁵⁵

La ventaja del acusador particular es evidente y en la misma se advierte una clara contradicción con las disposiciones constitucionales que determinan la protección especial de las víctimas por parte del Estado.

Las decisiones del fiscal pueden ser coincidentes o no con la visión que el acusador particular tiene del caso y así es normal que la gestión del fiscal pueda ser impugnada tanto por el acusador particular como por parte del procesado.

Desconocer la igualdad de oportunidades de las partes procesales se convierte en una inobservancia del debido proceso, el mismo Código establece en el Art. 5.1 que entre las normas del debido proceso tal precepto se garantizará en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite.

2.2.3 Tercer efecto.-Faculta la interposición de recursos.

La capacidad de impugnar los fallos o resoluciones judiciales que tenía el acusador particular dentro del Código de Procedimiento Penal no estaba atribuida a la víctima sin acusación particular.

⁵⁵ Ecuador. Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Guayas, [Auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados], dentro del proceso penal No.0024-2013, en <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>

Muestra de que este es un derecho exclusivo del acusador particular por sobre la víctima, tenemos la sentencia de la Corte Constitucional No.167-15-SEP-CC, dentro del caso No. 0518-12-EP que ha sido referida anteriormente:

[...] Así pues, en relación a la apelación del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado, dictado por el Juez primero de garantías penales de Imbabura, el Código de Procedimiento Penal ya derogado, ha establecido que únicamente, podrán apelar las partes y de igual forma, ha señalado que el denunciante no es parte procesal.⁵⁶

En la lógica exclusiva del Código los artículos 343 y 344 definieron y limitaron al recurso de apelación, el mismo que al ser un recurso habilitado para quienes forman parte del proceso y recurriendo a conceptos básicos de derecho procesal, únicamente podía ser interpuesto por las partes procesales.

Dicho de otra forma, el principal afectado o afectados por quienes se entiende se inició un proceso penal, no puede requerir la revisión de la tutela sobre los derechos que alega se han violado.

Esta conclusión no distingue entre los diferentes tipos de delitos de acción pública y por tal al Código jurídicamente le resulta igual que se excluya a la víctima independientemente de la gravedad del delito; es decir, no habría la posibilidad de que el ofendido de un hurto, robo, estafa, lesiones, violación, homicidio o asesinato pudiera presentar su caso ante un juez o tribunal superior si no es acusador particular, consecuencia que resulta de la aplicación del concepto de partes procesales y de los artículos 15 y 51 del Código de Procedimiento Penal derogado.

Continuando con la sentencia de la Corte Constitucional, dentro de sus consideraciones y fundamentación indica:

Es por ello, la normativa infra constitucional ha otorgado un plazo en el cual la señora S.S. o cualquier otra persona en su lugar podía presentar acusación particular, para así convertirse en parte procesal y poder recurrir del auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado al no haberlo realizado el juez ordinario de conformidad con el artículo 226 de la Constitución de la República, negó el recurso de apelación, dado que el denunciante no es parte procesal, sino, únicamente, a través

⁵⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No.167-15-SEP-CC, caso No. 0518-12-EP], en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/88656551-0bc2-4125-877a-7dd341f7ea57/0518-12-ep-sen.pdf?guest=true>

de la presentación de la acusación particular y, al no haber sido calificada como acusadora particular, no puede impulsar la causa.⁵⁷

Por lo dicho anteriormente la impugnación como término genérico está vetada, y por ende las formas en como ella se manifiesta esto es mediante el recurso de nulidad y mediante el recurso de apelación. Si ordinariamente entendemos por impugnación la revisión de un fallo por el superior, este sería el término genérico para poner en consideración de un superior una sentencia o auto, mientras que el recurso de apelación y el recurso de nulidad la especie.

El recurso de nulidad establecido en el Art. 332 señala que las partes procesales pueden plantear dicho recurso dentro de los tres días hábiles a la notificación del sobreseimiento o del llamamiento a juicio:

Art. 332.- Interposición del recurso por las partes.- El recurso de nulidad podrá interponerse por las partes, dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia, del auto de sobreseimiento, o de llamamiento a juicio, haciendo constar la causa de la nulidad.⁵⁸

La impugnación de la sentencia, vía recurso de apelación implica la revisión del fallo de fondo, efectuado por el inmediato superior al juez o tribunal recurrido.

La apelación es la inconformidad, insatisfacción, rechazo, protesta de un fallo, para que el superior del juez que lo dictó lo revoque o modifique, en el mismo sentido que la nulidad esta se presenta dentro de los tres días de notificada la resolución, y según lo visto, aunque en el Art. 344 del Código de Procedimiento Penal no mencionaba que su interposición la hacen las partes procesales, es evidente que esto sea así, y consecuentemente solo la víctima con acusación particular y no la víctima que no ha sido calificada como tal.

Art. 343.- Procedencia.- Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:

1. De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia.
2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado.
3. Del auto que concede o niega la prisión preventiva. En este caso el recurso se lo concederá en efecto devolutivo.

Art. 344.- Interposición.- El recurso de apelación se debe interponer mediante escrito fundamentado, ante el Juez de garantías penales o tribunal de garantías penales, dentro de los tres días de notificada la providencia.

⁵⁷ Ibíd.

⁵⁸ Ibíd.

El derecho de impugnar una sentencia otorgado al acusador particular, en su calidad de parte procesal, está intrínsecamente ligado al concepto de parte procesal, en el sentido que Abraham L. Vargas lo propone, tal como fue citado en líneas anteriores, al referir que las partes tienen especial interés para obtener determinado pronunciamiento judicial.

En el artículo titulado “El recurso de apelación en materia penal”, Ramiro Aguilar Torres manifiesta que recurrir a los fallos es el mecanismo con el cual se ejerce el derecho de impugnación, impugnación que no es obligatoria y por tal puede o no desistirse de la misma o renunciarse, distinguiendo que la renuncia o dicho desistimiento no puede provenir del ofendido o víctima, sino del acusador particular.⁵⁹ Nuevamente se recalca el hecho de que el ofendido si no presentó acusación particular no es parte procesal.

2.2.4 Cuarto efecto.- Permite la obtención de una reparación para la víctima dentro del proceso penal.

El Art. 78 de la Constitución de la Republica establece que las víctimas tienen derecho a que se adopte un mecanismo de reparación sin dilaciones, supuesto que encuentra principalmente su razón de ser ante una sentencia condenatoria en la cual el pronunciamiento del cometimiento de un delito trae en el otro lado de la moneda la declaración de la afectación o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, donde existe un titular de dicho bien.

Para el acusador particular, lo dicho anteriormente es una realidad, según el Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, puesto que el mismo juez que dictó la sentencia condenatoria es quien deberá asumir la ejecución de la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica según el Art. 27, numeral 9 de la norma referida.

Exista o no acusador particular, dentro de los requisitos de la sentencia, el Art. 309, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal obliga al juez a pronunciarse y por su puesto a motivar la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción ante una sentencia condenatoria.

⁵⁹ Ramiro Aguilar Torres, “*El recurso de apelación en materia penal*”, en Iuris Dictio (Quito: Universidad San Francisco de noviembre 2015), <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-reurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf>.

El problema surge ante quien no ha presentado acusación particular, ya que si bien no se niega su derecho a una reparación integral, el hecho de que deba presentar su pretensión ante un juez civil, y así someterse a un nuevo proceso, según el Art. 31, numeral 1), literal b) del Código de Procedimiento Penal, implicaba una excesiva dilación y así se contraviene lo manifestado por la Constitución de la República respecto a tener derecho a una justicia expedita en observancia al principio de celeridad.

Incluso, habiéndose dado a la sentencia ejecutoriada, la calidad de título ejecutivo, según el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil, iniciar un nuevo proceso debe ser entendido claramente como un peso extra, ya que la víctima no solo ha tenido que cargar con las consecuencias del delito y del proceso original, sino también las de un nuevo proceso.

Esta insensibilización del sistema, este sufrimiento extra o añadido es la llamada victimización secundaria⁶⁰, en la cual la congestión e ineficiencia judicial en la medida en que los procesos se alargan y por tal dilatan una respuesta oportuna a las víctimas, es un desconocimiento al derecho que tienen a una pronta reparación e indemnización, situación que, como se dijo, no es la del acusador particular.

2.3 El acusador particular en el Código Orgánico Integral Penal.

La figura del acusador particular no ha desaparecido con el Código Orgánico Integral Penal, la misma se mantiene y está desarrollada a partir del Art. 431, la tramitología dentro de un proceso para calificar a la víctima como acusador particular no varía de lo anteriormente previsto.

Así pues, según el Art. 434 del Código Orgánico Integral Penal, la acusación particular deberá ser presentada por la víctima durante la instrucción fiscal, la misma deberá contener:

1. El nombre, apellido, dirección domiciliaria o casillero judicial o electrónico, número de cédula de ciudadanía o identidad o número de pasaporte de la persona que la presenta.

⁶⁰ Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Elisa Coronel y Carlos Andrés Pérez, *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*, citando por J. Sampedro, *Escritos sobre el proceso penal desde la victimología* (Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 1998), <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.

2. El nombre y apellido o identificación que individualice a la persona procesada y si es posible, su dirección domiciliaria.
3. La justificación de encontrarse en condición de víctima.
4. La relación de los hechos, con determinación del lugar, día, mes y año en que es cometido así como de la infracción acusada.
5. La firma de la persona que acusa o de su apoderada o apoderado con poder especial. En este poder se hará constar expresamente el nombre y apellido de la persona procesada o acusada y la relación completa de la infracción que se quiere acusar.
6. Si la o el acusador no sabe o no puede firmar, deberá estampar la huella digital, en presencia de una o un testigo.⁶¹

Los requisitos establecidos se entienden como aquellos mínimos a ser presentados dentro del escrito de acusación particular para conocimiento del juzgador, ello no obsta de ninguna forma que a fin de explicar el presunto delito o la postura de la víctima sobre el mismo que su contenido se restrinja únicamente a lo dicho en la norma del Código Orgánico Integral Penal.

Es más, sería importante que se incluya la pretensión de reparación integral, en la cual se detallarían los gastos o la forma en como la víctima pretenda ser resarcida, sin descartar que se adjunten documentos como por ejemplo facturas las cuales no sólo ayudarían a justificar su calidad de víctima, sino que también acreditarían los montos que la víctima reclama.

La pertinencia de que el escrito de acusación particular contenga estos puntos adicionales, debe ser observada positivamente, y más bien se lo debe entender como enriquecedor del debate, puesto que si la pretensión de reparación está clara, será un medio idóneo para que el procesado conozca y rebata fundamentadamente la pretensión de la víctima, o en su defecto pueda presentar una contrapropuesta sobre el particular, y en caso de que se trate de un delito susceptible de conciliación, se pueda iniciar conversaciones sobre una reparación y una terminación anticipada del proceso, puesto que indudablemente la conciliación como una de las figuras previstas en el Código Orgánico Integral Penal está diseñada para la descongestión del sistema procesal con la cual se cumplen principios de mínima intervención penal y celeridad entre otros a más de los previstos expresamente en el título que trata sobre ella como por ejemplo la equidad y la flexibilidad.

⁶¹ COIP.

La conciliación bajo ningún supuesto debe considerarse atentatoria al debido proceso o como mal ha sido llamada fuente de impunidad, puesto que tiene prohibiciones expresas en cuanto a su aplicabilidad al tratarse de determinados tipos de delitos; y tal como el artículo 663 del Código Orgánico Integral Penal esta no procederá ante los siguientes presupuestos:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano.
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Continuando con los aspectos básicos de la procedibilidad de la acusación particular, esta debe ser calificada, aceptada a trámite y puesta en conocimiento del procesado mediante la correspondiente citación; de requerirse que sea completada, debe observarse lo dispuesto por el juez, puesto que según el Art. 433, si no es completada dentro de tres días, se tendrá como no propuesta.

Los derechos que actualmente le asiste al acusador particular en el Código Orgánico Integral Penal no se comparan a los que contenía el Código de Procedimiento Penal con la presentación de la acusación particular, ello por cuanto se explicó que dentro de la actual normativa penal, la víctima es una de las partes procesales, y no queda excluida por no presentar acusación particular; así, existe una equiparación en los derechos de los demás intervinientes, según el Art. 439 otorgándole voz y voto.

La naturaleza de la acusación particular y la habilitación que daba a las víctimas el Código de Procedimiento Penal para actuar en el proceso, parece obsoleta ahora con el Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, esta se mantiene con un único efecto que es la “Capacidad de elevar en consulta el dictamen abstentivo del Fiscal” pese a ser parte procesal, derecho que le asiste al acusador particular según el Código Orgánico Integral Penal.

Art.- 600 Concluida la instrucción, la o el Fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días y se efectuará en un plazo no mayor a

quince días. De no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado y será notificado a la o al juzgador para que disponga su notificación a los sujetos procesales. Cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad de más de quince años o a pedido del acusador particular, la o el Fiscal elevará la abstención en consulta a la o al Fiscal superior, para que la ratifique o revoque, en un plazo máximo de treinta días, lo que será puesto en conocimiento de la o el juzgador.

A la luz del artículo transcrito la consulta del dictamen procede ante dos situaciones y una de ellas es a pedido del acusador particular.

Cuando aún estaba en vigencia el Código de Procedimiento Penal, era un requisito ser acusador particular, para que el dictamen abstentivo presentado por el fiscal de la causa, suba a consulta del fiscal superior; requisito jurídico que aún se mantiene en el Código Orgánico Integral Penal, constituyendo un impedimento para el goce de los derechos de la víctima de acuerdo a las disposiciones constitucionales, al resultar evidente la discriminación entre acusador particular y víctima.⁶²

No tendría asidero el momento que equiparamos en derechos a la víctima, más aún, si se ha procurado armonizar la normativa nacional a convenios y tratados internacionales, en los cuales se insta a eliminar formalismos y ritualismos burocráticos, en donde para el presente caso únicamente mediante la presentación de un escrito llamado acusación particular se tiene derecho a consultar el dictamen abstentivo de un fiscal, pero si no se ha presentado la acusación esta opción se encuentra vetada.

Mientras la figura de acusador particular se mantenga y que reserve este único derecho para sí, no encuentra fundamento ni razón legal; la distinción entre acusador particular y víctima aunque mínima, no deja de ser un beneficio extra para quien se presentó como tal, mientras que sin ella no se puede solicitar un pronunciamiento del Fiscal Provincial sobre la abstención del fiscal que conoció la causa.

Que la acusación particular se mantenga dentro del Código Orgánico Integral Penal no atañe a algo diferente que el de ser una figura jurídica que regulaba las relaciones procesales en el pasado, al momento la normativa penal vigente equipara en derechos a todas las partes procesales, por lo tanto, carece de sentido que la figura de la acusación particular continúe su permanencia jurídica dentro del actual proceso penal, y que mediante la misma se otorgue el derecho de que el dictamen abstentivo suba en consulta, dicha posibilidad, esto es la consulta del dictamen abstentivo o bien se le

⁶² CRE.

debería reconocer a la víctima como parte procesal o bien se debe mantener únicamente para delitos que superen los 15 años de privación de libertad tal como está previsto, pero jamás hacer depender tal posibilidad de la presentación de la acusación particular.

Dentro el Código Orgánico Integral Penal, la acusación particular debe desaparecer, puesto que continúa diferenciando y privilegiando al acusador particular versus quien no presente acusación particular y comparezca únicamente como víctima.

Capítulo Tercero

3 Control Constitucional Abstracto

Durante los capítulos 1 y 2 de la presente tesis, se expuso los derechos de las víctimas en su calidad de afectados materiales de un delito; así, como los derechos del acusador particular en su calidad de sujeto habilitado para actuar dentro de un proceso penal.

En el presente capítulo se analiza la figura de la acusación particular desde un plano abstracto, es decir mediante la confrontación de los efectos que se daban frente a una víctima que no ha presentado acusación particular pese a los derechos que se le garantizan tanto en un plano nacional como internacional.

Previo a efectuar la verificación enunciada, considero existen dos herramientas indispensables en un control constitucional abstracto, las mismas serán el test de razonabilidad y el control de convencionalidad.

3.1 Test de razonabilidad.

El test de razonabilidad consiste en un mecanismo de verificación que ayuda a determinar si las normas legales en cada caso concreto se ajustan a las normativas y principios contenidos en la Carta Magna; de éste mecanismo se sirven las Cortes Constitucionales para resolver los problemas jurídicos que se presentan en las solicitudes que suben a su conocimiento.

La introducción de un nuevo sistema procesal penal, y no sólo por el cambio a un sistema acusatorio oral, o por la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, sino más bien remontándose a la vigencia de la actual Constitución a partir del año 2008 y con ella la transformación del Estado de derecho, por el cual la actuación de cualquier persona sea natural o jurídica de derecho público, privado encuentra satisfacción y justificación suficiente con el cumplimiento del ordenamiento jurídico, en un Estado constitucional de derechos y justicia, donde la propia Constitución propugna el cumplimiento del ordenamiento jurídico en tanto y en cuanto se garantice la equidad, la igualdad y la justicia, consecuentemente esto es motivo de un sinnúmero de efectos que evidentemente se contraponen con los paradigmas y modelos anteriores.

Así entonces, bajo el modelo de un Estado constitucional de derechos y justicia el acatamiento al texto de la ley no determina la validez de la actuación; sino el hecho que determinada actuación cumpla los fines de la Constitución.

Según lo descrito por Robert Alexy, “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”⁶³, cabe entonces repensar la figura de la acusación particular como elemento normativo que limita derechos fundamentales de la víctima dentro de un proceso penal; es ahí, donde tiene sentido práctico la ejecución de un test de racionalidad, mediante el cual se analizará la relación entre medios y el fin de la norma, para verificar si ésta constituye o no un instrumento para alcanzar los fines constitucionales⁶⁴ como la implantación de un proceso penal respetuoso de los derechos y garantías reconocidas a todas las partes del proceso penal.

Si mediante la acusación particular se permitía por citar un ejemplo que la víctima de un delito de estafa asuma un rol protagónico en el proceso penal; pero por otro lado, si dentro del mismo proceso penal otra de las víctimas no la proponía, ¿es constitucional que la primera víctima esté habilitada para ejercer derechos de participación en la etapa de juicio, tenga capacidad de apelar una sentencia y obtenga reparación oportuna dentro del mismo proceso penal, pero para la segunda víctima pese a tener el mismo interés y derecho afectado estas posibilidades estén vetados por el hecho de no haber presentado acusación particular?

Si por constitucional entendemos equidad, justicia, razonabilidad, debido proceso, igualdad de derechos y oportunidades, es evidente que la respuesta será negativa; así entonces, un test de razonabilidad constituye una de las herramientas a aplicar para la ejecución de un control abstracto de constitucionalidad.

La máxima referida por Alexy aplicada al supuesto caso de que en un mismo proceso, por el mismo delito y contra determinada persona una víctima presentó acusación particular y la otra no lo hizo, y por tal entonces la primera puede actuar y la segunda está impedida, no puede ajustarse a razón suficiente para discriminarlas, preferir la forma a la sustancia y desconocer el legítimo interés del afecto no puede ser

⁶³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 395.

⁶⁴ Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre Lynett, *Fundamentos Constitucionales y Teoría General, El Proceso Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 99.

justificado. Este formalismo anula el fundamento de la presencia de una víctima en el proceso, o dicho en otras palabras desautoriza al principal interesado, situación por demás paradójica que no tiene nada que ver con la articulación de un Estado de derechos y justicia, resultado absurdo considerar que la institución de la acusación particular sea la forma en la cual se limita la intervención de un grupo vulnerable.

La axiología jurídica establece que el valor más importante del derecho es la justicia, pero el que mediante este juicio crítico al derecho positivo determinemos que la acusación particular es “injusta” debe existir un procedimiento legal para expulsarla y así el test de razonabilidad sólo es el primer paso y se constituye en una herramienta del control constitucional abstracto; en correspondencia con ello el profesor Jhon Rawls en su teoría de la justicia decreta categóricamente que “la injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación (definida por la actual constitución) es razón suficiente para seguir con ella.”

3.2 Control de Convencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante su jurisprudencia ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad, el cual básicamente constituye una herramienta que permite tanto a la Corte Interamericana como a determinado país verificar la conformidad sus normas frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tal como dice Miguel Carbonell, en la obra Introducción General al Control de Convencionalidad:

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1.- de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a “garantizar” su pleno y libre ejercicio; esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (mandato que se contiene igualmente en nuestro artículo 1o. párrafo tercero constitucional) los derechos previstos en los ordenamientos internacionales. El deber de garantía es el que da fundamento al punto 4 que se acaba de enunciar, según el cual toda la organización del Estado debe estar al servicio de los

derechos humanos, en la medida en que éstos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal.⁶⁵

Los antecedentes del control de convencionalidad bajo esa denominación datan del año 2006, apareciendo por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, con anterioridad el juez Sergio García Ramírez, hizo referencia a dicha institución efectuando una aproximación conceptual en sus votos, lo cual es observable en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* en el año 2003 y *Tibi vs. Ecuador* en el año 2004.⁶⁶

No obstante lo dicho, y al haber trazado el camino a lo que ahora conocemos como en control de convencionalidad, en *Almonacid Arellano* la Corte precisa que significa el mismo:

[...] 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁷

En el caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, la Corte se ha pronunciado respecto a la manera en qué debe ser implementado el control de normas en el ámbito local.

[...] 77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

⁶⁵ Miguel Carbonell, *Introducción General al Control de la Convencionalidad*, en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>>

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Control de convencionalidad*, en Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.7 en <www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvecniconalidad8.pdf>

⁶⁷ *Ibíd.*

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.⁶⁸

En suma, la Corte Interamericana explica que los tribunales y cortes nacionales no solo deben limitarse o circunscribirse a realizar únicamente un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad⁶⁹, lo que bien podría resultar en que una norma se ajuste a la constitución de su país y por ende traiga como resultado a priori una declaración de constitucionalidad; pero por otro lado, que realizándose un control de convencionalidad sobre la misma norma, el resultado sea que esta no responde a los parámetros de la convención, y consecuentemente que dicha constitución tampoco, o mínimamente las disposiciones constitucionales que avalan una norma que no supera el control de convencionalidad.

No es ajeno a la Corte Interamericana, que además de declarar la responsabilidad internacional del Estado, como por ejemplo en el caso del Estado chileno, dentro del caso “La última tentación de Cristo” en donde se ordenó modificar el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, y así eliminar la censura previa⁷⁰.

El resultado de que una norma legal o constitucional, no responda a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede ser otro que su expulsión jurídica, modificación o cambio en la interpretación, todo ello en razón de la obligación y garantía adquirida por los Estados partes de la convención en cuanto a la promoción de los derechos humanos según los estándares más beneficiosos para los seres humanos.

La Corte ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *El Control de Convencionalidad y el sistema Colombiano* en <corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf.>

interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁷¹

De los requisitos referidos por la Corte a fin de entender los pasos de un control de convencionalidad, a diferencia del literal d), todos los demás requisitos se entienden por demás evidentes siguiendo una forma de silogismo, donde la premisa mayor o el elemento guía serán los convenios, tratados y jurisprudencia de la Corte, a los cuales se les confrontará la disposición interna impugnada o controvertida entendiendo a la misma como la premisa menor, obteniendo como resultado una conclusión, que traería como resultado los efectos previstos en el literal e) de la cita referida.

Se ha considerado excluir el literal “d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública”, por cuanto aquí es donde procesalmente se dan algunas consideraciones.

No solo por la disposición de la Corte, en cuanto a la aplicación ex officio del control de convencionalidad, o de oficio sin emplear la locución latina, pero en particular la Constitución de la República del Ecuador dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.⁷²

Constitucionalmente se prevé la aplicación directa e inmediata de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos por citar un ejemplo, y si sumado a ello contamos con el deber referido por la Corte a fin de efectuar un control

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Control de convencionalidad*, en Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.7 en <www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvecniconalidad8.pdf>

⁷² CRE.

de oficio de la convención, cualquier juez de considerar que existe un conflicto entre nuestras disposiciones internas referentes a la acusación particular y las disposiciones constitucionales y, o a las establecidas en la convención americana de derechos humanos pudiese tomar cartas en el asunto.

Y tal es el texto de la carta magna que manda a actuar previendo incluso que los funcionarios estatales escuden su pasividad ante la falta de norma expresa, cuando se trata de vulneración de derechos y garantías constitucionales, y como se ha dicho el debido proceso es uno de aquellos derechos.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.⁷³

Bajo nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cualquier autoridad del país, en sus competencias tendría la obligación de velar no sólo por la ley, sino por los derechos humanos contenidos en la constitución o en los instrumentos internacionales, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano en discusión, sinopsis del principio *pro persona*, que a diferencia de principios como el *in dubio pro reo*, abarca todo el ordenamiento jurídico y no sólo situaciones concretas.

Miguel Carbonell, señala que los juzgadores que tienen el deber primordial de observar las normativas de la Convención y aplicarlas, en el caso de la acusación particular bajo el antiguo Código de Procedimiento Penal, ningún funcionario u organismo del Estado sea la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia, velaron por el cumplimiento de los principios fundamentales de la igualdad ante la ley, de tener derecho a una justicia efectiva y a las garantías básicas del debido proceso, y tal como se ha dicho, se tuvo que reformar la totalidad del sistema procesal penal para palpar efectivamente los derechos de las víctimas al momento de la

⁷³ CRE.

expedición del Código Orgánico Integral Penal, con la consecuente tardanza que implica la expedición de una nueva normativa en materia penal.

Como emanación de nuestro actual modelo de Estado, hemos desarrollado un sistema de control constitucional que mayormente responde a un sistema de control constitucional concentrado en disposición con la Constitución:

Art. 428.- Cuando una Jueza o Juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.⁷⁴

Entonces, si bien existe disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en efectuar un control de oficio sobre la convencionalidad de una norma, para el presente caso la acusación particular y los efectos que producía, tenemos también la disposición constitucional de enviar en consulta a la Corte Constitucional las normas que se crean contrarias a la misma y a los instrumentos internacionales que se haya suscrito.

Las dos posturas expuestas no deben ser entendidas contradictoriamente, sino complementariamente desde el resultado buscado, que no puede ser otro que la depuración del ordenamiento jurídico sea que esta proviene por un órgano estatal o bien por una resolución de la Corte Interamericana, en tal sentido tenemos el pronunciamiento de la Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú:

[...] 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁷⁵

⁷⁴ CRE.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Control de convencionalidad*, en Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.7 en <www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvecniconalidad8.pdf>

En el mismo sentido en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México es otro ejemplo de la postura conciliadora de la Corte sobre respeto a la factibilidad y más bien obligación de que las normas internas de un país que generen el efecto de control convencionalidad:

[...] 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.⁷⁶

La corte establece que el control de convencionalidad debe darse en el marco de las respectivas competencias y según las regulaciones procesales del Estado signatario de la convención, y así entonces si se trata de expulsar una norma jurídica, el control a darse es uno concentrado y abstracto a efectuarse por la Corte Constitucional.

3.3 Control Constitucional Abstracto.

Desde antes de expedir el Código Orgánico Integral Penal, la víctima sin que sea necesario que se constituya en acusador particular debió estar equiparada en cuanto a los derechos otorgados a las demás partes procesales, así hubiese podido pedir y practicar prueba, apelar de las resoluciones judiciales; y, acceder a una reparación oportuna dentro del mismo proceso.

Tanto a nivel internacional como nacional existía y existe suficiente normativa para obviar cualquier tipo de distinción entre víctima y acusador particular, tal como se analizó en el primer capítulo, los derechos de las víctimas y de los integrantes del proceso no pueden ser restringidos, ni limitados por normas infra constitucionales, por cuanto la supremacía constitucional prescrita en el Art. 424 de la Constitución es precisa referente a la jerarquía y el respeto a la misma⁷⁷, la consecuencia de que alguna norma fuera dictada en oposición, formal o material a la Constitución sería la de carecer de validez jurídica.

⁷⁶ Ibíd.

⁷⁷ Rafael Oyarte Martínez: “La Supremacía Constitucional”, en *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, (Quito: Tribunal Constitucional – Fundación Konrad Adenauer, 1999), 77.

El actual panorama es claro, la víctima es parte procesal y le asisten todos los derechos que posee tanto el fiscal y el procesado, pero como se ha dicho esto no siempre fue así.

Al haberse explicado que la permanencia de la acusación particular dentro del ordenamiento jurídico generaba efectos contrarios al alcance de los derechos que las víctimas tienen reconocidos dentro de un proceso, planteó un escenario a ser cambiado; nuestra normativa constitucional permitía una solución jurídica mucho más ágil la cual fue ignorada y en lugar de ella se optó por emitir una nueva normativa penal.

Por lo expuesto se ha dejado claro que si una norma se opone a las disposiciones constitucionales, esta carecerá de validez jurídica, y el medio a emplearse a fin obtener dicha declaratoria o a fin de obtener la expulsión de la norma en conflicto con lo establecido en la Constitución, como primera posibilidad tenemos la realización de un ejercicio de control constitucional abstracto.

El control constitucional abstracto constituye un mecanismo para garantizar el ajuste de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución, denominándose como tal porque se lleva a cabo con abstracción de la aplicación concreta de la normas a una hipótesis de hecho determinada⁷⁸; si el resultado es la inconstitucionalidad la norma debe ser expulsada.

Como expresa Celotto: “El control denominado abstracto no se origina en un procedimiento judicial, prescinde de la tutela de los derechos de los ciudadanos y busca ofrecer una garantía de la Constitución de carácter neutral, en el sentido de que efectúa una comparación entre normas de grado diverso (legislativas y constitucionales)”⁷⁹.

El control constitucional abstracto es el mecanismo para eliminar de la normativa penal la “acusación particular”, ya que del desarrollo efectuado en la presente tesis se ha abordado los derechos de la víctima desde un plano abstracto, es decir se analizó la norma sin aplicarla a un caso concreto, el objeto es conocer si la acusación particular podía mantenerse dentro de la legislación penal aún incluso con la vigencia de la Constitución del 2008 sin la necesidad de expedir el Código Orgánico Integral Penal.

⁷⁸ Juan Francisco Guerrero del Pozo, “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad.”, en Juan Montaña Piña, comp., *Apuntes de Derecho Constitucional* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derechos Constitucional, 2012), 116.

⁷⁹ Alfonso Celotto, *Formas y Modelos de Justicia Constitucional, un vistazo general*, en <<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20%20Formas%20y%20modelos.pdf>>

El control abstracto es potestad exclusiva de la Corte Constitucional, y responde a los principios y reglas generales del Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tal como refiere su artículo 76:

1. Control integral.- Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante.
2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.- Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.
3. In dubio pro legislatore.- En caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad.
4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico.- El examen de constitucionalidad debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico [...]

En el Ecuador, si bien se eligió la vía de reforma legislativa para modificar nuestra realidad procesal penal, en el caso de que la Corte Constitucional hubiese efectuado un cabal control abstracto durante la vigencia del derogado Código de Procedimiento Penal referente a las disposiciones y efectos de la acusación particular, el resultado hubiese sido la exclusión de la acusación particular de nuestra legislación penal, y los derechos de la víctima se hubieren ejercido sin ningún limitante en armonía con dirección establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; y, de la Constitución.

La acusación particular debía ser eliminada para que desaparecer un instrumento limitante en la participación de la víctima dentro de un proceso penal por no cumplir con los fines constitucionales como el derecho a la igualdad y además constituirse en un limitante al mismo; a través, de la emulación de un ejercicio de control constitucional abstracto se analiza la vulneración al debido proceso desde tres puntos centrales:

3.3.1 Afectación al debido proceso y al derecho de igualdad por incapacidad de generar indicios y actuar prueba dentro de un proceso penal.

En primer lugar, esto es según la capacidad de actuar prueba, podemos citar a la Constitución, en el Art. 11, numeral 2, establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

El artículo 66 numeral 4 de la CRE, establece la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, al ser un derecho aplicable al proceso penal y por mandato constitucional de aplicación directa no requiere un desarrollo legal diferente, por lo que debe ser aplicada y no entendida como mera declaración o discurso político.⁸⁰

Si la víctima al no presentar acusación particular siendo el principal afectado, no puede actuar prueba; pero, es permitido para la Fiscalía como titular de la acción penal y para el procesado como sujeto de la investigación; a la víctima se le coarta la posibilidad de rebatir la prueba presentada por las demás partes procesales, estas disposiciones no le permite actuar en igualdad de oportunidades al acceso de la justicia y a la tutela judicial efectiva.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8), numeral 2), literal f) establece el derecho de la defensa de una persona para interrogar testigos y peritos presentes durante un juicio; así como, el obtener la comparecencia de testigos, peritos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos discutidos. Como se ha reiterado, si la víctima no es acusador particular no podrá ejercer tales derechos.

La afectación se verifica puesto que tal como señala la Dra. Mariana Yépez, la fuente del derecho de la igualdad “es el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento interno basado principalmente en la normatividad constitucional”, en el presente caso la acusación particular no promueve la igualdad sino todo lo contrario, mediante la misma se limita la igualdad de las partes interesadas.

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2, todos los seres humanos son iguales en derechos, sin posibilidad de hacer ningún tipo de distinción incluso por condiciones jurídicas, motivo por el cual tanto víctima como acusador particular no pueden ser tratados diferentes, y si sumado a ellos incluimos a la ecuación los artículos 7 y 8 de la Declaración que expresamente hacen mención a condiciones jurídicas se establece la igualdad ante la ley, la igual protección y la igualdad procesal volviendo al panorama aún más claro.

La afectación a la igualdad de armas por violación a la Constitución, y la limitación en su derecho a la defensa según la Convención Americana de Derechos Humanos conllevan una grave violación del debido proceso, siendo esta, la primera

⁸⁰ Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre Lynett, *Fundamentos Constitucionales y Teoría General, El Proceso Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 144.

razón por la cual la figura de la acusación particular debía ser expulsada del ordenamiento jurídico.

La capacidad de solicitar y practicar pruebas, debemos entender la posibilidad de efectuar pedidos para el direccionamiento de la investigación efectuada por el fiscal y, posteriormente, la capacidad de poder presentar pruebas y controvertirlas ajenas.

En el ámbito normativo de la Constitución no podemos olvidar el Art. 76, numeral 7, literal c), establece parámetros del derecho a la defensa y por defensa no se debe entender únicamente la defensa de una persona frente a una imputación, sino la defensa de los intereses de una persona, cualquiera que sea su posición dentro del proceso; y así, indudablemente las víctimas entran aquí al ser los titulares de bienes jurídicos afectados, a quienes se les deberá permitir ser escuchados en igualdad de condiciones y en el momento oportuno, no siendo posible otro momento más oportuno para consolidar su pretensión jurídica en la posibilidad de solicitar y actuar pruebas.

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-260-11 cita las sentencias: C-293 de 1995; C- 163 de 2000; C- 1149 de 2001; C-228 de 2002; C- 805 de 2002; C-916 de 2002 refiriéndose a la efectivización de los derechos de las víctimas:

[...] aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.⁸¹

Hablar de la importancia que tiene el que a una parte interviniente dentro de un proceso penal se le permita solicitar diligencias investigativas, que a la postre se convertirán en pruebas al momento de enunciarlas y posteriormente practicarlas en una audiencia de juicio, sería redundar en una de las columnas medulares del sistema acusatorio oral, y de cualquier proceso dentro de un Estado de derechos.

Pero más allá de ello, si al proceso genéricamente lo definimos como aquel conjunto de pasos o ritos que tendrán por objeto obtener un pronunciamiento judicial en

⁸¹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-260/11, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-260-11.htm>>

determinado sentido según nuestras pretensiones, el instaurar un proceso donde los interesados no tengan la posibilidad de presentar al juzgador los elementos en que fundan su pretensión, o la posibilidad de rebatir los elementos en que se funda la otra parte, es una razón sin sentido, es un proceso sin debido proceso.

El ordenamiento jurídico ha dejado de ser un agregado de normas inferiores a la Constitución, está encaminada a la consecución de valores y fines establecidos en ella, los mismos que se entienden como trascendentales⁸² y que obligatoriamente deben acatarse incluso en desmedro de la aparente violación normativa que se da, para el presente caso eran incompatibles aquellas normativas o disposiciones del Código de Procedimiento Penal en donde se limitaba la actuación de la víctima si no estaba constituida como acusador particular.

La actual normativa difiere de las limitaciones que se evidencian con este primer punto dentro del control constitucional abstracto, basta enunciar los uno de los primeros artículos del Código Orgánico Integral Penal para darse cuenta que el derecho a la igualdad mantiene armonía con la Constitución y con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e incluso eleva la obligación laboral de las actuaciones de los funcionarios encargados de conocer y dirigir la causa, y hace especial mención el estado de vulnerabilidad de las personas; y, como no entender que las víctimas de delitos son grupos vulnerables.

Art.5. Principios Procesales

[...]

5.- Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.⁸³

[...]

Bajo la actual normativa, la víctima es parte procesal y puede actuar prueba dentro de la audiencia de juzgamiento y antes de ella, al estar dotada de igualdad de derechos y sumada a la libertad probatoria, esta puede orientar la investigación mediante peticiones que deberán ser consideradas por el fiscal ya que serían los elementos de convicción con los cuales la víctima aporte a la causa.

⁸² Jorge Baquerizo Minuche, Erick Leuschner Luque, *Sobre Neocostitucionalismo, Principios y Ponderación* (Guayaquil: Edilex S.A., 2011), 53.

⁸³ COIP

3.3.2 Afectación al debido proceso y al derecho de apelación por incapacidad de impugnar resoluciones judiciales.

En cuanto a la normativa específica de la acusación particular; esto es, lo establecido en los artículos 343 y 344 del Código de Procedimiento Penal, la víctima no es parte procesal por no haber presentado acusación particular, por lo que no se le permite que impugne fallos del juez, los artículos citados no establecen que la víctima esté habilitada para apelar, entendiendo entonces según normas de derecho procesal, que ello es únicamente realizado por las partes procesales.

La Convención Americana de Derechos Humanos, es diáfana ya que en el Art. 8, numeral h), establece el derecho de toda persona durante un proceso judicial a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior; es tan claro el derecho aquí atribuido a todas las personas que no se justifica la imposición de trabas judiciales para poder ejercer este derecho. Se observa desde ya la contraposición de la normativa interna a los parámetros internacionales.

La apelación es el rechazo a una decisión judicial, es una herramienta esencial dentro de un Estado democrático, donde las funciones del Estado y las decisiones de los funcionarios deben ser susceptibles de ser revisadas, el limitar dicho derecho por un formalismo va en contra de la disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho a impugnar un fallo judicial a decir de la Corte Constitucional de Colombia es multifuncional, puesto que sirve no solo para que una decisión judicial sea revisada por un tribunal superior, sino que procura evitar o disminuir la posibilidad de errores y amplía la deliberación de un tema⁸⁴, conceptos claros que aportan ideas que no son ajenas a ningún sistema judicial.

El fallo de un juez es completamente susceptible de errores, puesto que proviene de un ser humano, quien como cualquier otra persona difícilmente escapará de fallas en su capacidad de percepción o interpretación, y si sumado a ello consideramos que difícilmente dentro de un proceso penal la verdad procesal corresponde idénticamente

⁸⁴ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-718/12, citando las sentencias C-384 de 2000, MP Naranjo Mesa, C-650 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y C-540 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-718-1.htm>>.

con la verdad histórica o la llamada verdad real, las probabilidades de fallar no son sino reales.

Resultan valiosos los criterios de la Corte Constitucional colombiana quienes además de lo dicho, dotan de especial importancia al principio de la doble instancia al hacerla figurar como una de las piedras angulares de un Estado de derecho, ya que a través de él se garantiza el derecho fundamental de la defensa, instaurando una herramienta contra la arbitrariedad,⁸⁵ con la cual se recurrirá a instancias superiores para requerir la efectiva tutela de los derechos del recurrente.

Distinto escenario sería el renunciar a dicha posibilidad, esto es, el no ejercer el derecho a recurrir del fallo, pero lo visto dentro del Código de Procedimiento Penal es una contraposición con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 2 donde se establece la obligación de los Estados de adoptar normas de derecho interno que garanticen los derechos establecidos en la Convención, nuestra antigua normativa limitó el derecho a recurrir del fallo únicamente a las partes procesales, dejando de lado a la víctima de lado. El requerir acusación particular para recurrir del fallo en absoluto corresponde un una norma de derecho interno que garantice el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, debemos recurrir a su prefacio en donde se exponen los motivos y las razones de su proclamación, siendo relevante para el caso la aceptación en cuanto a que millones de víctimas en el mundo sufren daños con motivo de delitos y que sus derechos no han sido reconocidos adecuadamente.

En los numerales 4 y 5 se aborda el acceso a mecanismos de justicia y califican a que dichas posibilidades jurídicas dentro del ámbito judicial sean expeditas, poco costosas y accesibles. Qué decir de tales supuestos si nuestro sistema bajo el Código de Procedimiento Penal derogado no le permitió a la víctima acceder a la impugnación de una sentencia. Nuevamente, otra disposición de carácter internacional que es obviada por formas, en donde se desconoce un principio fundamental para las víctimas, esto es que sus derechos sean justiciables en igualdad de posibilidades que los de las otras partes.

⁸⁵ *Ibíd.*

Entrando en nuestra legislación nacional, sobre la capacidad de impugnar resoluciones judiciales, ya hemos establecido que la Constitución prevé la igualdad formal y busca la igualdad material para todas las personas según los artículos 11, 66, sin olvidar los derechos del Art. 76 en cuanto a la inviolabilidad de la defensa y la posibilidad de ser escuchado al igual que otros intervinientes en el proceso en iguales condiciones y por sobre todo en el momento oportuno.

El Código Orgánico Integral Penal otorga a la víctima la capacidad de impugnar fallos judiciales, limitándola a parámetros básicos como el de preclusión por ejemplo, que estarían enfocados a la seguridad jurídica, pero ello no equivale a un desentendimiento de los derechos en su fondo, la actual normativa se adecúa a los presupuestos de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder establecidos en el numeral 6, por el cual el Estado Ecuatoriano adecuó procedimientos judiciales a la necesidad de las víctimas, esto es la posibilidad de impugnación, implementados mediante una reforma legal.

Si la posibilidad de recurrir a un fallo se constituye en una herramienta de lucha contra la arbitrariedad y se entiende como positiva la posibilidad de la revisión del fallo del juez para descartar errores, el momento oportuno para ser oído, respecto del punto en concreto, sería la posibilidad de apelar un fallo, el limitar este derecho sería desconocer el Art. 424 de la Constitución que señala los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales se los aplicará de forma más favorable sobre cualquier otra norma jurídica.

En esta línea sobre el derecho de apelar un fallo se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, del 2 de julio del 2004, párrafo 161:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un Juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.

El impedimento antes establecido se anula con el Código Orgánico Integral Penal, puesto que es posible para la víctima recurrir del fallo; sin embargo de ello, y cabe decir que no existe ninguna justificación para limitar el derecho a la doble instancia.

Paralelamente a lo referido existen otras consideraciones procesales que sí podrían limitar el derecho de la víctima a impugnar una resolución, la preclusión del término para la impugnación por un lado y por otro la trascendencia de las resoluciones judiciales entendiendo que la impugnación de una resolución está basada según la relevancia de la misma dentro de la causa.

3.3.3 Afectación al debido proceso y al derecho de obtener una reparación oportuna por el inicio de un nuevo proceso judicial.

Finalmente, sobre la obtención de una reparación pronta y oportuna derecho que les asiste a las víctimas, podemos tomar lo señalado por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder que en el numeral 4 establece:

Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.⁸⁶

La reparación debe ser oportuna, así es calificada, y además se obliga al Estado a dotar de mecanismos judiciales, que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles⁸⁷ para las víctimas.

La obligación del Estado va incluso a brindar asesoría a las víctimas, ya que dichos mecanismos deberán ser comunicados en razón de que las víctimas tienen derecho a ser asistidas en todo el proceso⁸⁸ sea este penal, civil o administrativo.

La responsabilidad del Estado y con ello se debe entender el real alcance de la Declaración, es mucho mayor de lo pensado puesto que en caso de no ser suficiente la indemnización procedente de la persona sentenciada, el Estado procurará indemnizar

⁸⁶ *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, (1985), Numeral 4.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

financieramente frente a delitos graves cuando las víctimas hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo en su salud física o mental.

El Art. 78 de la Constitución de la República es clara al otorgar una garantía a las víctimas de infracciones penales, el derecho a una reparación integral sin dilaciones, disposición que debe ser entendida y aplicada directa e inmediatamente según el Art. 11, numeral 3 de la Carta Magna.

No hace falta ahondar más en este punto, las normas son precisas al señalar la obligación del juzgador de establecer en la sentencia condenatoria una reparación integral para la víctima, y el deber de ejecutarla con agilidad, de esta manera se evita un nuevo proceso.

El Código de Procedimiento Penal derogado no fue ajeno a la reparación a la víctima, según el Art. 69 numeral 7; sin embargo, dicha reparación en cuanto al tiempo y facilidad de ejecución dependerá de la existencia de una acusación particular, y así estuvo la brecha entre la víctima y acusador particular según el Código de Procedimiento Penal:

Art. 31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de garantías penales que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el Juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales...

En el literal a) del artículo citado se sitúa al acusador particular en una posición notablemente ventajosa en comparación de una víctima. Si se aceptó la acusación particular, es aplicable para el acusador particular principios procesales como el de concentración, intermediación, celeridad, puesto que el mismo juez o tribunal que llegó a la certeza de la existencia de un delito, será el mismo que determinará y ejecutará la reparación.

Por el contrario, si no se presentó acusación particular, se deberá iniciar un nuevo proceso, de carácter civil ante un juez civil, quien es totalmente ajeno al proceso

principal, ello por cuanto la sentencia ejecutoriada es un título ejecutivo según el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil.

Los derechos establecidos en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder y el compromiso del Estado en adoptar medidas para que se efectivicen, y así la víctimas puedan obtener una reparación oportuna, de los efectos dañosos del delito no se podían materializar con las normativas del Código de Procedimiento Penal puesto que, si no existía acusación particular, se debía iniciar un nuevo proceso judicial vía civil, contrariando los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales de una justicia expedita y accesible.

El cumplimiento de nuestra normativa indudablemente resulta en la inobservancia de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, puesto que iniciar un nuevo proceso esta vez en vía civil, no se entiende como una vía oportuna, ni expedita, menos va a entenderse como poco costosa ya que se deberá contar con los servicios legales de un abogado, y por tal no existe la accesibilidad que es requerida.

El que normativamente se prevea que como consecuencia de no presentar una acusación particular el juez que dictó una sentencia condenatoria no asuma la fase de ejecución de la reparación y que se deba iniciar un nuevo proceso, es un padecimiento adicional a las víctimas.

Sobre lo dicho en el párrafo anterior, la figura del acusador particular constituyó un impedimento para reconocer los derechos a las víctimas de infracciones, en cuanto a reparaciones oportunas, desconociendo su legítimo interés y superponiéndole a un formalismo.

Podemos concluir que la acusación particular, como la figura jurídica que viabilizaba que la víctima sea parte procesal, sin la cual estaba vetada al ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos fue correctamente eliminada por las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no establece puntualmente el derecho de una víctima para que la reparación que se le otorgue dentro de una sentencia deba ser ejecutada en determinada forma; sin embargo, basta el reconocimiento de la dignidad humana, intrínseca e inherente a todo ser humano, para establecer o poder

entender que tal principio exige la más alta consideración y respeto para con una persona, tal como menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando a Emmanuel Kant, al referir que el ser humano es un fin en sí mismo⁸⁹; así entonces, la víctima no puede ser descartada después de la existencia de una sentencia, menos aún si ahí se le reconoce derechos vulnerados.

Es contradictorio que el objetivo del proceso penal, a base de la oralidad, procure acelerar y mejorar los tiempos de respuesta del sistema procesal; mientras que al momento de ejecutar sentencias, estas se constituyan en el origen de un nuevo proceso, tomando en cuenta que las víctimas ya han pasado por un proceso penal para obtener un pronunciamiento que deberá ser también sujeto de otro proceso para su cumplimiento en cuanto a la fase de la reparación a la víctima.

Bajo la óptica del Código de Procedimiento Penal, la ausencia de la presentación de la acusación particular limitaba el reconocimiento de derechos legítimos, la acusación particular como el mecanismo que permitía que las víctimas accedan a una reparación oportuna, debía ser eliminado, puesto que las víctimas tienen ese derecho sin que medie un formalismo sin razón de ser, tal como lo establece el Código Orgánico Integral Penal, al mismo juzgador que determina la reparación integral debe cerciorarse del cumplimiento de la ejecución de la sentencia, incluso otorgando medidas cautelares de carácter real para asegurar la respectiva ejecución.

Art. 519.- Finalidad.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

La nueva normativa permite armonizar las disposiciones de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, y por supuesto reafirmar el positivo cambio del ordenamiento jurídico interno.

El Código Orgánico Integral Penal tienen como una de sus más grandes finalidades el reparar a las víctimas, la figura de la acusación particular es secundaria en muchos aspectos por cuanto la víctima es parte procesal.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia (30 de noviembre de 2007), <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf>.

En cuanto a la ejecución de la reparación, manda textualmente en el Art. 622, numeral 6, que en la sentencia se establezca el monto de la reparación, y en los artículos 77, 78 y 628 señala de cómo se llevaría a cabo dicha reparación, exigiéndole al funcionario o la autoridad juzgadora de supervisar el cumplimiento. Resultaría un absurdo que alguien diferente a quien dictó la sentencia fuese la persona que decida sobre el cumplimiento o no de la misma

El fundamento de la reparación integral y la posibilidad de obtener una ejecución oportuna depende justamente de la existencia de una sentencia condenatoria y no de una acusación particular. La sentencia constituye un elemento más que suficiente en cuanto a la declaración de un derecho vulnerado y así la necesidad de que este sea resarcido. La reparación es fundamento de la pena, según el Art. 52, y a partir del Art. 77 existe un título entero dedicado a la reparación integral.

La víctima sin acusación particular tal como preveía el Código de Procedimiento Penal no estaba negada en su derecho a una reparación integral, pero el que normativamente se deba someter tal pretensión a un nuevo juicio y particularmente ante un juez civil, según el Art. 31, numeral 1), literal b) del Código de Procedimiento Penal, implicaba una excesiva dilación y nuevamente otra contraposición con lo manifestado por la Constitución de la República respecto a tener derecho a una justicia expedita en observancia al principio de celeridad.

Capítulo Cuarto

4 Control Constitucional Concreto

En el presente capítulo se analiza la figura de la acusación particular en un caso concreto para evidenciar los efectos que produce su no interposición, los mismos que no son otros que constituirse en un limitante a los derechos de las víctimas.

El control concreto de constitucionalidad en Ecuador está instaurado en la “consulta de constitucionalidad” por la cual un juez remite su duda debidamente fundamentada a la Corte Constitucional suspendiendo la tramitación de una causa hasta el pronunciamiento de la misma, tal como lo establece la Constitución:

Art. 428.- Cuando una Jueza o Juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma⁹⁰.

En el caso a ser analizado la consulta de constitucionalidad pudo ser la solución al dilema planteado por las víctimas, en tanto y en cuanto las mismas manifestaron tener interés directo en el caso, pero puesto que no existía acusación particular fueron excluidas del proceso penal, lo que significó limitación a sus derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Un análisis concreto en cuanto a la aplicación de las normas procesales confrontadas dentro de un caso permitirá evidenciar que, a más de la contraposición formal que existe entre los derechos de la víctima y los derechos del acusador particular, existen consecuencias palpables y que afectan derechos y pretensiones.

El caso que se analizará no es ajeno a la realidad de todos los casos que se tramitaron y resolvieron bajo la figura de la acusación particular como fuente constituyente derechos para las víctimas, y más allá de la atención mediática que obtuvo el presente caso al tratarse de un accidente de tránsito que determinó la muerte de una peatón por un vehículo del Estado, las actuaciones procesales de las partes y sujetos procesales, así como la dirección del proceso que efectuó el juez con base en las normas

⁹⁰ CRE

procesales existentes generaron cuestionamientos sobre si el espíritu de nuestras leyes y la razón misma de ser de ellas buscaban los efectos que se llegaron a dar para las víctimas, quienes son los principales interesados en el esclarecimiento de los hechos, más allá de la persecución oficial que debe efectuar el Estado.

4.1 Antecedentes y actuaciones judiciales.

El 14 enero de 2010, en horas de la mañana, en la ciudad de Quito; N.E, una ciudadana colombiana, fue atropellada por un vehículo del estado, mismo que se encontraba circulando por el carril exclusivo de buses articulados de tránsito rápido conocido como la Metrovía.

En la sentencia condenatoria ejecutoriada se determinó que W.V fue la persona que conducía el vehículo que atropelló a N.E, quien era un policía que formaba parte de la escolta policial de A.B, esposa del entonces Fiscal General del Estado. Como consecuencia del accidente, fue condenado a tres años de prisión y a pagar una multa de 6.240 dólares americanos; sin embargo, en razón de buena conducta durante el cumplimiento de la pena se le redujo el cincuenta por ciento de la condena privativa de libertad.

Los padres de N.E, estos son A.E y M.E.B, víctimas dentro del proceso en ausencia de la principal afectada, sostuvieron que la persona que se encontraba conduciendo el vehículo era A.B, en tal sentido nunca presentaron acusación particular en contra de W.V, puesto que consideraban que no tenía nada que ver con la conducción del vehículo involucrado en el accidente, pero por cuanto la Fiscalía no procesó a A.B tampoco pudieron presentar acusación particular en su contra y, por tal, aun siendo los padres de una persona que había fallecido fueron excluidos del proceso.

El proceso en mención es el No. 17451-2010-0013 del Juzgado Primero de Tránsito de Pichincha, e inició con la audiencia de calificación de flagrancia, la misma tiene por objeto determinar la existencia de un presunto delito flagrante y determinar si la aprehensión de la persona a quien se le atribuiría el delito flagrante es legal, y de ser el caso a criterio de Fiscalía, iniciar un proceso penal y requerir medidas cautelares para asegurar la comparecencia del procesado al proceso y una eventual reparación a las víctimas de culminar el proceso con una sentencia condenatoria.

4.1.1 Acta de Audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos.

La audiencia inicia con la presentación del caso por parte de la Fiscalía, en el proceso que nos ocupa la actuación de Fiscalía fue la siguiente:

Fecha: 15-01-2010

Al efecto el señor Juez declara instalada la presente Audiencia y de inmediato concede la palabra a la Dra. Mariana López, Agente Fiscal de Tránsito de Pichincha, quien dice: Señor Juez, Señor Secretario, Señores presentes, mediante el parte policial No. 013-2010, esta llegó a conocimiento de la Fiscalía accidente, ocurrido en el día 14 de Enero del 2010, a las 08H45, en la Av. América y García de León, de esta ciudad de Quito, Prov. de Pichincha se ha producido el accidente de ATROPELLO y MUERTE por parte del vehículo sin placas, marca Chevrolet, Vitara, color blanco, el mismo que había estado conducido por el Sr. W.V, en estado normal, con licencia tipo D.- Como elementos de convicción tenemos el protocolo de autopsia No. MLPPA-85-DML-2010 practicado en la persona de quien en vida se llamó N.E, determinándole el Dr. Freddy Herrera Almagro, perito médico legista, que determina como causa de muerte: poli traumatismo, (hemorragia aguda interna por laceración de aorta por sección raquimedular) probable a suceso de tránsito.- Reconocimiento médico legal practicado en la persona de A.B, quien se encontraba de pasajera en el vehículo causante del accidente, perito médico legista Dra. Clivia Guerrero Urbina, determina una enfermedad e incapacidad física para el trabajo menos de 16 días.- Existiendo fundamentos suficientes para imputar a W.V, cuyas generales de ley son: ecuatoriano, mayor de edad, con C.C.100274350-6, domiciliado en la ciudad de Esmeraldas, Prov. De Esmeraldas, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal., resuelvo dar inicio a la etapa de instrucción Fiscal con prisión preventiva en contra del procesado, por encontrarse reunidos los requisitos de los Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, 127 y 153 de la LOTTTSV, solicitando a su señoría que ponga a disposición del imputado y ofendidos y sus defensores todo el expediente incluido la experticia practicada, más la prohibición de enajenar del automotor Jeep, marca Chevrolet Grand Vitara, color blanco y retiro de la licencia del procesado, el mismo que en Fs. 11 útiles acompaño, del mismo modo de acuerdo con el inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal., solicito que en esta audiencia sean notificadas todas las partes con el contenido de la misma. Por cuanto la señora A.B., se encuentra con custodia policial, solicito se resuelva su situación procesal.- Notificaciones recibiré en la casilla No 3520 del Palacio de Justicia de Quito.

Los padres de N.E, a través de su abogado patrocinador, expusieron los siguientes argumentos:

Seguidamente se concede la palabra al Dr. Modesto Estupiñán, en representación de A.E y M.E.B, que dice: Sr. Juez, Sra. Fiscal, Sr. Secretario, en primera instancia impugno en su totalidad el parte policial por haber sido un parte dirigido por el Ministerio Público, es impresionante ver el operativo que se formó alrededor del accidente que perdió la vida una Srta. de 26 años, fue un operativo que estaba más de 15 personas del Ministerio Público, este hecho lamentable, que nadie sale con la intención de atropellar a un ciudadano y si el Sr. W.V hubiera estando manejando no se hubiera dado tal operativo, ayer el señor Fiscal dice que iba a pedir independencia, no se pudo manejar la justicia de esta manera y más aún que un hombre inocente, humilde el Sr.

W.V dice Yo venía manejando, que ocurre alrededor de 20 testigos del hecho reacciona la ciudadanía del sector no porque sabían quién era la que conducía, la ciudadanía reacciona al ver que la señora se baja del vehículo y se cambia al otro vehículo de seguridad de ella. La UIAT fue a verificar ninguna huella de freno que venía por un carril que no se podía circular, no solamente con pintar corazones azules vamos a estar salvando vidas, tenemos los conductores ser respetuosos de la vida de las personas, los medios de prensa han constado todos estos hechos, la parte ofendida que llega a la Cordero, el Sr. Fiscal P.S, por separado conversan con cada uno de los testigos y los llevó a ver a la señora y los cinco testigos indicaron que la Sra. es la que se bajó del vehículo y se cambió a otro vehículo no sin antes una Sra. de la Presidencia quería hacer un cambio en la celda donde estaba la Sra. A.B. Señor Juez, la justicia se debe impartir, la majestad hará que quienes cometieron este delito pague su culpa, por lo tanto señor Juez, solicito que se impute y tanto a la Sra. A.B como el Sr. W.V por encontrarse reunidos los Art. 167 Código de Procedimiento Penal, al igual que se ordene la prisión preventiva de dichos ciudadanos y la prohibición de enajenar del vehículo, así como dijo el colega, yo como Abogado, amigo de esta familia extranjera que reside por muchos años en el país un trabajo honesto han formado a sus hijos, hoy queda en la orfandad una criatura de siete años.

Más allá de la exposición efectuada por el abogado de W.V y de A.B, la atención debe centrarse en la resolución del juez, puesto que una vez que la Fiscalía como titular de acción penal fijó la relación jurídica de la instrucción fiscal, únicamente para uno de los aprehendidos, pese a los dichos de la defensa, esto marcará la pauta sobre el proceso que se vendrá, y así se resolvió lo siguiente:

Acto seguido el Sr. Juez toma la palabra y dice: Acogiendo lo manifestado por la Sra. Representante del Ministerio Público Dra. M.L.S, resuelvo: Notificar con el presente auto de Instrucción Fiscal al procesado W.V, de conformidad con el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. De los elementos de convicción recabados por la Fiscalía y por encontrarse reunidos los requisitos del Art. 167 del mismo cuerpo legal confirmo su prisión preventiva y se emitirá la boleta constitucional de encarcelamiento del procesado antes mencionado.- En relación a la Sra. A.B, al no estar imputada por la Fiscalía, paso a resolver su situación procesal y dispongo su inmediata libertad, se emita la boleta de libertad.- En cumplimiento del Art. 168 del Código de Procedimiento Penal se consignan los sig. Datos: 1.-Se consignan datos del imputado responde a los nombres de W.V, cuyas generales de ley son: ecuatoriano, mayor de edad, con C.C.100274350-6, domiciliado en la ciudad de Esmeraldas, Prov. De Esmeraldas - 2.- El hecho se suscita en la Av. América y García de León, en esta ciudad de Quito y Provincia de Pichincha, el día 14 de Enero del 2010 a las 08H45, 3.- Fundamentos de Derecho: se establece en el Art. 127 y 153 de la LOTTTSV., siendo el delito sancionado con una pena superior a un año se dictan las medidas cautelares: Por ser procedente dispongo la prohibición de enajenar del vehículo sin placas tipo Jeep, Chevrolet Vitara SZ, color blanco, para lo cual se oficiará a las autoridades pertinentes a fin de que procedan con la inscripción de dichos gravámenes para los fines legales consiguientes. Paralelamente se procederá al retiro de la licencia del procesado, al efecto ofíciase a la Policía Nacional para su cumplimiento.- De conformidad con el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal, se notificarán a las partes procesales por única vez y en persona y se continuará con la instrucción Fiscal correspondiente a fin de determinar responsabilidades. Cítese al Sr. Procurador General del Estado, por cuanto el vehículo es propiedad del Estado.

La titularidad de la acción penal y la pretensión punitiva oficial por parte del Estado determinó el inicio de una instrucción fiscal para quien la Fiscalía consideró tendría presunta responsabilidad, se dejó de lado los argumentos de las víctimas quienes claramente indican que la responsable es otra persona; sin embargo, hasta el momento no se podría requerir del juez una actuación diferente al notificar el inicio de una instrucción fiscal contra la persona que Fiscalía indica que tiene motivos para investigarla y procesarla, dentro del sistema acusatorio se desarrolla la división de funciones, así el juez no podría extender la instrucción fiscal hacia una persona diferente.

Sobre este punto cabe señalar que incluso con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal la víctima no podría determinar con obligatoriedad la identidad de la persona contra quien se debe iniciar un proceso penal, tal atribución sería típica de una acción privada, en tal sentido sobre este punto el Código Orgánico Integral Penal no abona en absoluto puesto que sigue la misma línea en cuanto a la titularidad de la acción penal.

La inexistencia de acusación particular va a afectar indudablemente en la dirección de la investigación hacia los puntos que considera van a apoyar sus alegaciones sobre la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, la realidad cambia en el Código Orgánico Integral Penal puesto que al ser parte procesal en pos de una tutela efectiva derechos que se traduce a la observancia de sus peticiones, la víctima si podrá efectuar pedidos al fiscal para guiar a su criterio sobre los puntos que la investigación debería abarcar.

La ejemplificación del control constitucional abstracto en cuanto a las afectaciones resaltadas se ven materializados, puesto que se viola la igualdad de las partes, el deber del Estado de adoptar normas de derecho interno a fin de armonizar sus leyes a parámetros internacionales, el debido proceso al desconocer la igualdad de oportunidades, se evidencia la primera afectación referida en cuanto a la imposibilidad de exigir una mayor participación de la víctima en la instrucción fiscal.

4.1.2 Audiencia oral de sustentación y presentación del dictamen fiscal.

La instrucción fiscal se desarrolló en medio de una investigación compleja, caracterizada por el seguimiento mediático que produjo, y al término de la misma con una duración de 45 días para efectuar las investigaciones del caso, se desarrolló la audiencia de sustentación de dictamen, en donde la Fiscalía, posterior a la enunciación de los elementos recabados, concluyó que:

Fecha 09-03-2010

Voy a concluir el presente dictamen Fiscal conforme a los elementos detallados se ha probado la existencia de la infracción con todo los elementos ya detallados en cuanto a la responsabilidad del proceso con los elementos de convicción ya señalados, esta Fiscalía presenta el dictamen acusatorio en contra del señor W.V en calidad de autor del delito tipificado en el Art. 127 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, literal a y d) en concordancia con el Art. 191 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, cuyo estado y demás generales de ley se encuentran dentro del expediente.

Concordantemente con su postura inicial, la Fiscalía acusó a quien consideró desde un inicio como el responsable del accidente y si no incluyó en su investigación a A.B, no hay razón para que exista un pronunciamiento fiscal sobre ella.

Los abogados de la defensa de W.V, al momento de pronunciarse sobre el dictamen, refirieron temas específicos a fin de efectuar un análisis concreto respecto del reconocimiento de los derechos de las víctimas en contraposición con los derechos que se le otorgan a un acusador particular, señalando que:

[...] no comparto en lo absoluto con este dictamen acusatorio, sabemos que el núcleo vital de todo dictamen acusatorio son los elementos recogidos durante la Instrucción, es conveniente expresar los elementos de convicción que no están en disputa en este proceso: Por ejemplo el hecho de que lamentablemente falleció N.E, no está en discusión; la jurisdicción y competencia suya señor juez no está en discusión; el hecho de que la pretensión punitiva de los familiares desapareció por ausencia de acusación particular; no está en disputa el hecho de que N.E violó específicas normas que regulan el Tránsito y Seguridad Vial. Es absolutamente discutible, es la responsabilidad de W.V en el presente caso, no ha encontrado censurable el comportamiento del conductor W.V porque el accidente se produce en el ejercicio altamente peligrosa del peatón, es el resultado de caso fortuito o de fuerza mayor, la conducta de W.V se encuentra gobernado por el Art. 110 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. Este accidente fue el resultado de caso fortuito y de fuerza mayor, resulta extraño a su voluntad; será en la audiencia de juzgamiento donde vamos a demostrar la ninguna responsabilidad de W.V.

Los abogados de las víctimas concurrieron a la audiencia y fueron escuchados posteriores al pronunciamiento de las partes procesales, esto es, el fiscal y el procesado;

lo ordinario y el orden lógico a seguir, estaría dado por la exposición de Fiscalía, seguida del pronunciamiento de las víctimas, ello por cuanto se entendería que la figura del fiscal y la de las víctimas son coincidentes en cuanto a presentar una postura en la exigencia del reconocimiento a las pretensiones de las víctimas; ¿pero qué sucede si la postura de las víctimas es diferente a la del fiscal?.

Si bien se entiende legal que el fiscal como titular de la acción penal presente ante el juez un delito de acción pública de la forma en que considere, no resulta legítimo que su papel sea preponderante al punto de relegar al principal interesado, esto es, las víctimas, quienes en lo práctico son aislados de la discusión central.

Las víctimas presentaron el siguiente argumento, el cual ya da idea de la postura que mantienen sobre los efectos de la acusación particular:

El Sr. Juez concede la palabra al Dr. Gonzalo Silva quien en la calidad por la que comparece dice: El hecho de que no se haya presentado acusación particular en contra del señor W.V no significa que estamos en desventaja de articular prueba, porque la Ley de Tránsito no habla de acusación particular habla de afectado, este es un caso de excepción que se olvidaron los familiares del señor W.V, estamos en derecho de articular prueba, la acusación que se presenta únicamente se limita a reclamar daños y perjuicios y cuando no se presenta acusación particular los daños y perjuicios devienen ante un Juez Civil, es necesario que el público se entere que podemos articular prueba.- Notificaciones en el casillero Judicial No 110 del Palacio de Justicia de Quito.

4.1.3 Constancia de acusación particular.

Resulta válido que exista una razón por parte del juzgado, en el sentido de conocer y dejar sentado el hecho de la inexistencia de la acusación particular por parte de las víctimas contra la única persona procesada y acusada.

Fecha 05-04-2010

...Tómese en cuenta el nuevo casillero judicial señalado por el procesado W.V y la autorización que confiere a la Dra. Karla Salcedo como su nueva abogada defensora, notifíquese a sus anteriores abogados que han sido sustituidos en la defensa.- El actuario del Juzgado proceda a sentar razón correspondiente, en el sentido de que en el presente juicio existe o no presentada acusación particular en contra del procesado W.V.

Dentro del mismo decreto, también se convoca a las partes a la audiencia de juzgamiento a llevarse a cabo.

En lo principal.- De conformidad a lo dispuesto en el Art. 168 y 169 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial se convoca a los sujetos procesales a la audiencia oral y pública de juzgamiento, la misma que tendrá lugar el MIÉRCOLES 14 de ABRIL del 2010 a las 09h30, debiendo comparecer las personas que por ley les corresponde asistir a la referida diligencia.- Para esta diligencia remítase oficio y remisión respectiva a nombre del procesado.- Notifíquese.

Posteriormente, el sistema de la función judicial arroja el resultado de la disposición judicial y se tiene lo siguiente:

Fecha 07-04-2010

RAZÓN.- Siento por tal, y dando cumplimiento a lo dispuesto en providencia que antecede, una vez revisado el presente proceso Penal de Tránsito, no existe presentado acusación particular en contra del procesado señor W.V.- Certifico.- Dr. Favián Balseca Ruiz SECRETARIO Quito, a 7 de Abril del 2010

4.1.4 Decretos de sustanciación y oficios.

La tramitología normal de un proceso que se acerca a una audiencia de juzgamiento y a fin de hacer posible comparecencias, traslados, imperiosamente depende de los oficios en donde se pone en conocimiento las decisiones tomadas por el juez con el objetivo de llevar a cabo la audiencia, y es así que las partes presentan sus pedidos a fin de practicar la prueba en la audiencia, y respecto de las víctimas tenemos lo siguiente:

Fecha 08-04-2010

Agréguese al proceso los escritos que anteceden.- Satisfecho que ha sido el traslado, se dispone: Por cuanto de autos consta que no se ha presentado acusación particular en contra del acusado W.V, por tanto los señores, A.E y M.E.B **no han ejercido su derecho a intervenir en el presente proceso penal de tránsito como acusadores particulares, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 69 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal; las peticiones formuladas por, A.E y M.E.B, de fechas 6 de Abril del 2010 a las 16h11 y 7 de Abril del 2010 a las 17h40, se las niega y devienen en improcedentes.**

...Atendiendo las peticiones del procesado W.V, se dispone que en el desarrollo de la audiencia oral y de juzgamiento recéptense los testimonios propios de A.R, X.S, M Ch, V. V, M. C, E. L, M. M, V. V, V. G, Ch. P, F. L, J. P, J. E y C. S.- Lo solicitado en los numerales segundo y tercero se encuentra despachado.- La petición formulada por la Dra. Mariana López Salinas Agente Fiscal del Distrito tómese en cuenta.- Notifíquese.-

4.2 Control constitucional concreto.

4.2.1 Afectación al debido proceso y al derecho de igualdad por incapacidad de generar indicios y actuar prueba dentro de un proceso penal.

Como se dijo, la ausencia de la acusación particular impedía que las víctimas solicitaran y practicasen prueba, las palabras usadas por el juez en el decreto aquí transcrito no son sino la materialización de ello, puesto que si los padres de la persona

fallecida en su calidad de víctimas requieren a tal o cual testigo, el no permitírseles lo único que genera es que la prueba a tratar será únicamente aquella que el fiscal requiera. Por otro lado, el ni siquiera permitírseles opinar sobre la prueba del fiscal, y lógicamente menos aun poder rebatir la presentada por el procesado impide cualquier tipo de defensa de los intereses de las víctimas, vulnerando las normativas constitucionales y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

La imposibilidad de tener voz sobre la prueba a practicarse y la imposibilidad de controvertir la practicada vuelve a las víctimas en actores mudos del proceso, la confrontación en el plano abstracto, ahora ya vista en el plano concreto, muestra que se desconoce lo ya antes dicho sobre la igualdad, la no discriminación y por ende la igual protección ante la ley, afectando también la simplificación de las formas.

Por lo expuesto en el análisis se consolida la primera afectación, esto es, la incapacidad de la víctima de solicitar y practicar pruebas, distinto escenario se hubiese dado con el Código Orgánico Integral Penal, donde ya se le reconoce a la víctima como parte del proceso penal, sin necesidad de presentar la acusación particular, en el plano material el Código Orgánico Integral Penal permite la igualdad de derechos, guardando armonía con lo establecido en la Constitución sobre el debido proceso (art. 75) y la igualdad y no discriminación (art. 11).

Audiencia de juzgamiento

Si la persona contra quien las víctimas consideran que se debió formular cargos no está procesada, si la investigación se efectuó sobre la teoría del delito sustentada por el fiscal, y ante la imposibilidad legal de actuar prueba o contradecirla por parte de la víctima, lleva al juzgador a no tener una visión integral de los hechos de la infracción, juzga sobre pruebas que no se aplicó la contradicción, vulnerando el principio de contradicción, para efectos procesales la presencia de las víctimas es necesaria únicamente para el momento en que estas deban ser escuchadas con su testimonio, por formar parte del orden de intervenciones previsto en el art. 117 Código de Procedimiento Penal y no por ser sujetos reconocidos en sus pretensiones.

Fecha 26-04-2010

En Quito, a veintiséis de Abril del dos mil diez, a las nueve horas y treinta y nueve minutos, se constituye el Juzgado Primero de Tránsito de Pichincha, con el Dr. Andrés Zambrano Espinel Juez Primero de Tránsito de Pichincha; y suscrito secretario, con el objeto de llevar a efecto la AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA DE PRUEBA Y

JUZGAMIENTO, en contra del señor W.V. El Sr. Juez dispone que por secretaria previo a declarar instalada esta audiencia, se verifique se han comparecido las partes que han intervenido en este Juicio. Se encuentran presentes el Dr. Andrés Zambrano Espinel Juez Primero de Tránsito de Pichincha y suscrito Secretario que certifica; Dra. Mariana López Salinas, Agente Fiscal del Distrito de Pichincha Unidad de Delitos de Tránsito; el procesado W.V y su defensor el Dr. David Villena, los señores Testigos: Subs. G. C, Subte. de Policía R. R, Tnte. de Policía M. P, Tnte. de Policía E. M, Tnte. C. V; Subt. de Policía R. Y, Cabo de Policía H. A; Dr. F. H; Dra. B. V, Sr. V. V; Sr. Ch. S; Sr. E. L; Sr. J. S; Sra. V. Velasco; Sr. J. S.- Sr. Juez, toma la palabra declara instalada la presente audiencia y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 285 del Código de Procedimiento Penal, declara abierto el juicio y conforme a lo dispuesto en el Art. 286 del mismo cuerpo legal.

Como se desprende de la parte transcrita de la audiencia la víctima, no está presente, existe un olvido institucional y jurídico planificado que ni siquiera la víctima debe estar presente para el inicio de la audiencia principal, no se le reconoce una pretensión autónoma si no presenta acusación particular, la víctima sirve para determinado fin, como es rendir su testimonio:

El Sr. Juez, toma la palabra y dice: Continuando con la audiencia doy paso al testimonio del ofendido, en este caso, en virtud del Art. 68 del Código de Procedimiento Penal, comparece la Sra. M.E.B, al efecto juramentada que fue en legal y debida forma advertida de las penas del perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, dice llamarse como deja indicada. El Sr. Juez, de conformidad con el Art. 288 del Código de Procedimiento Penal, le solicita los nombres y apellidos completos, respondiendo M.E.B, portadora de la cédula de ciudadanía 171493444-3, nacionalidad colombiana, cincuenta y cinco años de edad, religión católica, actividad u oficio responde comerciante, dice: Sr. Juez, gracias por la oportunidad que se me da, yo todo lo que he dicho, he declarado y lo que voy a ratificar hoy es basado en lo que los testigos nuestros y decenas de personas del barrio, me dijeron, porque yo no vi en el momento que mi hija fue arrollada [...]

[...]las personas que han atestiguado, me decían señora no se preocupe que nosotros lo vimos todo, no se despegue de este carro, que aquí está la mujer, aquí se subió la mujer que venía manejando el carro blanco que arrolló y mató a su hija, no se despegue de este carro verde que ahí se pasó ella al puesto de atrás, yo a través de los vidrios polarizados vi que era una mujer rubia, en shock, totalmente en shock...

La recepción del testimonio de la víctima forma parte del procedimiento establecido para una audiencia de juzgamiento:

Art. 117.- Clasificación.- La prueba testimonial se clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del procesado.⁹¹

⁹¹ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 360 (13 enero de 2000). Artículo sustituido por Ley No. 0, publicada en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555 (24 de marzo de 2009). Art.

Ello no implica que exista interés genuino por conocer su relato, ya que al no ser parte procesal no tiene habilitación para formular pretensiones por su cuenta, hay una total instrumentalización de lo que implica ser una víctima, instrumentalización que sirve para cumplir un debido proceso en lo formal, al escucharla puesto que el código lo prevé.

Entonces es de esperarse que la sentencia, se base en la prueba anunciada y practicada por la Fiscalía y la defensa del procesado, según lo que ellos consideren en sus teorías del caso, difícilmente el único elemento que puede proporcionar la víctima sea suficiente para consolidar un nexo causal que por definición parte de la existencia de una multiplicidad de elementos que no arrojen otro resultado que un delito y la responsabilidad de determinada persona frente a dicho delito:

Por lo expuesto acogiendo la intervención de la señorita Agente Fiscal en la audiencia oral y pública de juzgamiento y prueba ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA se declara al señor W.V, cuyo estado y más condiciones que obran de autos, autor y responsable del delito de tránsito previsto en el Art. 127 letras a, b y d de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en concordancia con el Art. 191 y 192 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Art. 124, Art. 120 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, con excepción del literal b) Art. 29 del Código Penal, numerales 5,6,7,10 debiendo responder por ello en tal virtud se le impone la pena de TRES años de prisión que los deberá cumplir en el Centro de Rehabilitación de Varones de la ciudad de Quito, se descontará el tiempo que por este motivo se encuentra detenido; se le impone además la suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. Se deja a salvo el pago de costas procesales, y obligaciones civiles que tenga derecho la parte ofendida, por parte del infractor, las mismas que se harán extensivas de manera solidaria a la Fiscalía General del Estado propietaria del vehículo sin placas, marca Suzuki, Grand Vitara, modelo Jeep, color blanco, que manejaba el sentenciado, en virtud de que no se ha probado la substracción del mencionado automotor; de conformidad con el Art. 175 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.- En Ciento Cincuenta Dólares, se regulan los Honorarios del Defensor de la parte ofendida, de los cuales se descontará el cinco por ciento para el Colegio de Abogados de Quito.- NOTIFÍQUESE.

La sentencia fue impugnada por el sentenciado, derecho que le asiste al procesado y no a las víctimas en caso de que hubiesen intentado apelar ya que no son partes procesales, y si no se les permitió actuar en la audiencia de juicio, menos aún se les permitirá impugnar sobre la sentencia, con lo cual se observa en el plano material la segunda limitación en cuanto a la impugnación de resoluciones judiciales, lo que

significa que, si las víctimas consideran que el proceso fue parcializado, y el resultado fue inadecuado puesto que se ha sentenciado a quien no es responsable, se podría pensar en la nulidad del caso, más ni eso podría requerirse.

Con la normativa contenido en el Código Orgánico Integral Penal, hubiere la víctima practicar prueba, contradecir las presentadas por la fiscal, e impugnar la sentencia donde se declara responsable a una persona diferente a la que cometió la infracción. En este punto quizá también la defensa de la víctima podía apoyarse en las disposiciones constitucionales artículo 78 entre otros derechos reconoce el de “conocer la verdad de los hechos”, este es reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos; quizá aquí debía solicitar la acción extraordinaria de protección.

En justicia lo correcto hubiere sido que el juzgador que sustanció la causa pida la revisión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional para que revise las normas del Código de Procedimiento Penal, que contenía total disparidad con la Constitución y las normativas de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

4.2.2 Afectación al debido proceso y al derecho de apelación por incapacidad de impugnar resoluciones judiciales.

Esta grave violación a los derechos de las víctimas y de toda persona a recurrir de un fallo, generada por el mismo sistema en aplicación de las leyes específicas, constituye una clara limitación y restricción infundada para contra las víctimas como principales interesados en cuanto al reconocimiento de sus derechos vulnerados y la posibilidad de encontrar la verdad.

Si la convención Americana de Derechos Humanos debe primar por sobre otras normas internas, e incluso de la Constitución de proponer un estándar más favorable para el reconocimiento de los derechos de las personas, es imposible que bajo el Código de Procedimiento Penal se desconozca en el plano material el derecho de las víctimas de apelar una sentencia según la convención americana de derechos humanos en su Art. 8, numeral 2), literal h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; mientras que en el Código Orgánico Integral Penal dicha habilitación se da en razón de considerarlas sujetos procesales con capacidad e impugnar las sentencias.

Art. 439.- Sujetos procesales.- Son sujetos del proceso penal:
1. La persona procesada

2. La víctima
3. La Fiscalía
4. La Defensa.

Art. 654.- Trámite.- El recurso de apelación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Se interpondrá ante la o el juzgador o tribunal dentro de los tres días de notificado el auto o sentencia.

El Código Orgánico Integral Penal supera el bloqueo que antiguamente la acusación particular proponía, un control concreto evidencia que si el procesado tiene derecho de apelar de la sentencia, no hay razón para que la víctima no pueda hacerlo, más aun cuando según la víctima el procesado del presente caso, no es el responsable del delito, y así entonces su interés legítimo de que se llegue a un pronunciamiento diferente. En el plano real y no abstracto la limitación antes establecida se va en contra de disposiciones superiores que deben prevalecer.

Un ejemplo sobre el cual también se puede efectuar un control concreto de constitucionalidad se da en la imposibilidad de apelar un fallo como en el ejemplo ya citado en el proceso penal durante el caso No. 10251-2011-1527 en el juzgado primero de garantías penales de Imbabura.

[...] Respecto a la apelación que realiza la denunciante S.S, toda vez que no se procesó su acusación particular por haber sido presentada a destiempo, conforme el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "el denunciante no será parte procesal", siendo que los recursos son propios de las partes procesales, se niega su recurso de apelación al auto de sobreseimiento definitivo. Continúe en el archivo la presente causa [...].⁹²

El presente ejemplo expone que en efecto hay personas que se sienten excluidas de un caso de total interés para ellas, al ser las denunciantes de un delito, en razón de la ausencia de la acusación particular.

El fundamento para que la representante de la Defensoría del Pueblo presente la acción extraordinaria de protección se da por cuanto ella considera que se ha vulnerado el derecho a la defensa, en la garantía de recurrir del fallo o resolución en todos los

⁹² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No.167-15-SEP-CC, caso No. 0518-12-EP], en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/88656551-0bc2-4125-877a-7dd341f7ea57/0518-12-ep-sen.pdf?guest=true>

procedimientos en los que se decida sobre los derechos, y señala que no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, entendiendo la acusación particular como una formalidad.

En el caso invocado la Corte Constitucional con motivo de la acción extraordinaria de protección y el consecuente control concreto de constitucionalidad que ha efectuado asimila el hecho de que sólo el acusador particular pueda impugnar una resolución, a un parámetro de la seguridad jurídica basado en la preclusión, es decir la Corte indica que existe un determinado momento para proponer acusación particular y que fuera del mismo esta no es procedente.

La Corte Constitucional durante el caso que se le presentó, omite responder la pregunta principal de este control constitucional concreto, ¿es la acusación particular una formalidad? Ya que como se dijo anteriormente sería absurdo suponer que la preclusión es una formalidad jurídica o que es un principio inoficioso; sin embargo de ello, la Corte Constitucional manifiesta:

Ahora, en virtud de la observancia a la seguridad jurídica, es necesario determinar que el mismo Código de Procedimiento Penal, como ya se señaló ut supra, establece que el denunciante no es parte procesal y el ofendido, se considera parte procesal en virtud de la presentación de la acusación particular.

Entonces, deviene la negativa imperante del recurso de apelación si quien interpone no es parte procesal, esto, porque no puede un ciudadano, en un proceso penal en el cual no es parte procesal, dilatar el proceso interponiendo cualesquier recurso, ya que aquello tiene íntima relación con el cumplimiento del principio de eficiencia establecido en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual el proceso debe gozar de celeridad.⁹³

La Corte Constitucional omite totalmente su deber de efectuar un control de convencionalidad, limitando su análisis a la conformidad de la actuación del juez frente a la norma, más no existe el mínimo análisis del arreglo de la ley a la justicia.

Bajo ningún concepto el juez dota de derechos que les son intrínsecos a las personas su calidad de seres humanos, y así no se puede concluir que únicamente a partir de la calificación de acusación particular puedo apelar, la traducción de ello, sería que únicamente se habilita el derecho humano establecido en la Convención Americana

⁹³ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No.167-15-SEP-CC, caso No. 0518-12- EP], en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/88656551-0bc2-4125-877a-7dd341f7ea57/0518-12-ep-sen.pdf?guest=true>

de Derechos Humanos del Art. 8, numeral 2), literal h) derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior, si el juez me califica de acusador particular.

Otra norma internacional en contraposición con lo visto es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, ya que en su prefacio exponen los motivos y las razones de su proclamación, siendo relevante para el caso la aceptación en cuanto a que millones de víctimas en el mundo sufren daños con motivo de delitos y que sus derechos no han sido reconocidos adecuadamente.

Ya en su texto, los numerales 4 y 5 hablan del acceso a mecanismos de justicia y califican a que dichas posibilidades jurídicas dentro del ámbito judicial sean expeditas, poco costosas y accesibles. Qué decir de tales supuestos si nuestro sistema bajo el Código de Procedimiento Penal no le permite a la víctima acceder a la impugnación de una sentencia. Nuevamente, otra disposición de carácter internacional que es obviada por formas, en donde se desconoce un principio fundamental para las víctimas, esto es que sus derechos sean justiciables en igualdad de posibilidades que los de las otras partes.

Entrando en nuestra legislación nacional, sobre la capacidad de impugnar resoluciones judiciales, ya hemos establecido que la Constitución prevé la igualdad formal y busca la igualdad material para todas las personas según los artículos 11, 66, sin olvidar los derechos del Art. 76 en cuanto a la inviolabilidad de la defensa y la posibilidad de ser escuchado al igual que otros intervinientes en el proceso en iguales condiciones y por sobre todo en el momento oportuno, derecho también conculcado ya que a diferencia de la Fiscalía y del procesado no puede apelar.

No siendo poco, el Art. 417 de la Constitución introduce el principio de cláusula abierta y así no solo se reconocen los derechos establecidos en la Constitución, la cual ya otorgaría el derecho para que la víctima apele, sino también aquellos derechos provenientes de tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte; de ahí la plena vigencia y exigibilidad del Art. 8, numeral h), de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual existe el derecho de toda persona durante un proceso judicial a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

4.2.3 Afectación al debido proceso y al derecho de obtener una reparación oportuna por el inicio de un nuevo proceso judicial.

La víctima de un delito en caso de no presentar acusación particular no obtiene una reparación oportuna, incluso habiéndose declarado un responsable, es inimaginable pensar lo oneroso a todo nivel que implica el iniciar un nuevo proceso, y peor aún con la afectación emocional resultante de una muerte.

Ventajosamente aquella realidad jurídica del Ecuador quedo rezagada con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, pero resulta evidente de los autos emitidos por el juez, que la reparación no era una prioridad, puesto que no existe otra referencia a la misma más que dejar a salvo del derecho de las víctimas para que reclamen en vía civil los derechos que le asistieran.

Se mencionó que el sentenciado fue beneficiado en razón de haber cumplido más de la mitad de su condena sumada a la buena conducta demostrada, de una rebaja equivalente al cincuenta por ciento de la pena impuesta.

Fecha: 11-08-2011

VISTOS: Agréguese al proceso la documentación precedente.- En atención a la sugerencia presentada por el Dr. Marco Landázuri Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones No 4 de Quito, que tiene relación con la rebaja de pena en beneficio del privado de libertad W.V, y previamente a resolver lo que en derecho corresponda, se considera:

a) Al prenombrado sentenciado W.V, se le ha impuesto una pena de prisión de tres años, mediante sentencia la que se encuentra Ejecutoriada por el Ministerio de la ley [...]

c) Analizado que ha sido el informe emitido por la Comisión Técnica para la reducción de penas por sistema de méritos del privado de libertad W.V.; y, la sugerencia del señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito No 4, en el que sugiere se le conceda el porcentaje del 50% que corresponde a un año, seis meses, con once días de concesión de rebajas de pena por el sistema de méritos.

[...]. En aplicación a esta norma; tanto más que, el condenado W.V., ha cumplido con más del cincuenta por ciento de la pena impuesta en sentencia, se acepta la solicitud de rebaja por méritos contemplada en la antes referida resolución; y una vez que ha cancelado la multa de (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. Notifíquese.

Se observa como positivo el hecho de que el sentenciado haya pagado la multa impuesta, pero ¿acaso los haberes del Estado son más importantes que los valores que

se le debieron reconocer a la víctima? Si el objetivo elevado a rango constitucional de una sentencia condenatoria es la rehabilitación por parte del sentenciado según el Art. 201 de la Constitución de la República del Ecuador, es indudable que parte de la rehabilitación sea alcanzada a base de la internalización que debe realizar el sentenciado respecto del daño que causó, lo que en parte se logra al momento que se le obliga a pagar la reparación para con la víctima.

La ausencia de acusación particular y su consecuente limitación a los derechos de la víctima evidenciado en esta parte final de la sentencia, no empata en absoluto con lo manifestado por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en numeral 4) prevé por el contrario mecanismos judiciales expeditos, justos, poco costosos para obtener reparaciones.

El iniciar un nuevo proceso es por demás complejo, el Código Orgánico Integral Penal soluciona esta traba cuando manda al juez a determinar la reparación integral según los artículos 77 y 78, y dota de fuerza a los mismos cuando establece que el juez podrá optar medidas cautelares para garantizar la ejecución de la sentencia y sin ser de otra forma la reparación integral es parte de la sentencia según el Art. 529 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, pensemos entonces en una prohibición de enajenar bienes para garantizar un bloqueo de los activos del sentenciado.

Anteriormente se indicó que el delito pasó de ser la lesión efectuada a una persona a la lesión efectuada al soberano, el hecho de que el juez, por un lado, y, por otro, el que el mismo sistema de rehabilitación no tome en cuenta si el sentenciado ha reparado a la víctima, con el objetivo de lograr un beneficio de rebaja de penas por un delito donde ha causado la muerte de una persona, no es más que la clara muestra de que aquellas ideas perniciosas que motivaron un sistema verticalizado y excluyente siguen latentes pero ocultas en lo profundo del sistema sin que puedan ser avizoradas palpablemente.

Si se llegó a una verdad procesal, en donde los padres de la fallecida son las víctimas y quienes tendrán que cubrir todos los gastos de manutención de su nieto al encontrarse huérfano, qué sentido tiene o cuál es el objetivo del Estado en dejar en la absoluta indeterminación el monto de la reparación, pero lo que sí está claro es la multa, las costas procesales y los honorarios de los abogados.

La parte final de la sentencia evidencia el último punto a tratar:

...se le impone además la suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. Se deja a salvo el pago de costas procesales, y obligaciones civiles que tenga derecho la parte ofendida, por parte del infractor, las mismas que se harán extensivas de manera solidaria a la Fiscalía General del Estado propietaria del vehículo sin placas, marca Suzuki, Grand Vitara, modelo Jeep, color blanco, que manejaba el sentenciado.

Quién más sino el juez que dictó sentencia para también velar por los derechos de las partes, en concreto de las víctimas, debido proceso, son conceptos vacíos si no se les dota de sentido práctico; así pues, el Estado reconoce que su hija murió en un accidente de tránsito, pero es deseo de los padres de la misma que se les reconozcan daños y perjuicios, la opción que tienen es iniciar un nuevo proceso ahora ante un juez civil.

Es palpable los efectos nefastos de la antigua normativa procesal penal, decir que se dejar a salvo los derechos de la parte ofendida evidencia una contradicción total con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder:

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Una vez iniciado el juicio, no existirá un momento más ansiado que el pronunciamiento de la sentencia, sentencia que de ser de culpabilidad para el acusado o procesado, constituirá para la víctima no solo la declaratoria de la vulneración o de la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, será en sí misma una forma de reparación por la cual se le otorga en todo o en parte la razón en cuanto a su pretensión.

Pero dicha reparación que deberá incluir, según lo mencionado, elementos como el conocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado, todo ello con posibilidad de ejecutado oportunamente.

Nada de ello se observa en la resolución en el proceso presentado, otra contradicción entre nuestra normativa y los convenios internacionales suscritos por Ecuador mientras operaba se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal.

Conclusiones

1. Los seres humanos, con base en la dignidad inherente de cada persona, tienen derechos reconocidos a nivel internacional, dichos derechos tomados por la Convención Americana de Derechos Humanos no son ajenos a las víctimas de infracciones penales, entre los mismos encontramos la igualdad ante la ley, la no discriminación por condiciones jurídicas, y por tal la igual protección frente a un proceso judicial, la capacidad de impugnar una resolución judicial ante un órgano judicial superior y la obtención de una reparación eficaz como consecuencia de una sentencia condenatoria.
2. Bajo la antigua normativa del Código de Procedimiento Penal de Ecuador, la presentación de la acusación particular se constituía en el único camino que habilitaba a las víctimas de delitos para convertirse en parte procesal y sólo entonces facultaba la actuación de prueba dentro de un proceso, la capacidad de recurrir las resoluciones judiciales y viabilizaba una reparación oportuna frente a una sentencia condenatoria por cuanto esta debía ser otorgada y resuelta dentro del mismo proceso penal.
3. La ausencia de acusación particular implicaba para las víctimas la imposibilidad de actuar prueba, el impedimento para recurrir las resoluciones judiciales y en caso de obtener una sentencia condenatoria y por tal el reconocimiento jurídico de la afectación que han sufrido la imposición de iniciar un nuevo proceso judicial de carácter civil para conseguir una reparación.
4. Los derechos reconocidos a las víctimas de delitos sea en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder o en la Constitución no pueden ni podían ser reducidos, limitados o menoscabados por la normativa específica que el Ecuador mantenía sobre el tema dentro del Código de Procedimiento Penal. El Estado ecuatoriano mientras mantuvo vigente la acusación particular según los parámetros del Código de Procedimiento Penal incumplió su deber de adecuar sus normativas internas a los derechos internacionales otorgados a toda persona.

5. La acusación particular como mecanismo que diferencia a los intervinientes en el proceso y por el cual habilitaba el goce de derechos ya reconocidos internacionalmente a las víctimas, era ajena a estándares de derechos internacionales, lo cual se evidenció mediante un ejercicio de control constitucional tanto abstracto como concreto. En donde se comprobó sin justificación real la exclusión que sufre la víctima tanto legislativamente como dentro del proceso penal cuando esta no propone acusación particular.
6. La acusación particular del Código de Procedimiento Penal analizada como norma jurídica no es “justa”, puesto que no se adecua a los valores que rigen el deber ser de un proceso penal, en donde no se entiende apegado al ideal del debido proceso que el principal interesado y afectado, este impedido de actuar en el proceso que se inicia para conocer sobre el delito que ha sufrido.
7. La acusación particular pese a formar parte del Código de Procedimiento Penal, cuerpo normativo que fue elaborado y aprobado por el Congreso Nacional tampoco era “válida”, por cuanto se contrapone a normas jurídicamente superiores y enteramente exigibles para el momento de su promulgación, ello significa que la misma estaba derogada implícitamente, incluso antes de la vigencia del COIP.
8. Por otro lado, aunque con consecuencias negativas la acusación particular si cumplía el criterio de norma “eficaz” desde el punto de vista que una vez presentada habilita y vuelve exigible los derechos y el reconocimiento de los mismos para la víctima, y por el contrario si esta no se presentaba excluye del proceso a la víctima que no formalizó su participación.
9. El Código Orgánico Integral Penal, cambió la realidad jurídica procesal del país, la víctima ahora es parte procesal y está habilitada para pedir y actuar prueba, lo que significa que sus pretensiones o la dirección que pretenda darle al proceso según su teoría del caso deberá ser tomada en cuenta, así mismo no solo que dará su testimonio, sino que tiene garantizado su derecho a ser escuchada por el Juez, podrá presentar prueba y contrainterrogar a los testigos de las otras partes o impugnar la prueba que ellos presenten.
10. La víctima actualmente como consecuencia de su estatus de parte procesal, tiene la facultad de recurrir resoluciones judiciales, lo que le garantiza que el fallo en caso de ser ajeno a sus intereses será revisado, ello no sólo se ajusta a una función

simbólica del proceso judicial, sino que por sobretodo existe un reconocimiento a dicho derecho por su calidad de afectado e interesado lo que le ubica en igualdad de condiciones con los demás actores procesales.

11. Otra de las consecuencias directas del COIP al ubicar a la víctima como parte procesal es limitar su victimización secundaria, ya que no deberá iniciar un nuevo proceso judicial para que se establezca las formas de la reparación a las que tiene derecho en caso de una sentencia condenatoria para el procesado, el mismo juez que dictó sentencia condenatoria y dentro del mismo proceso penal, deberá establecer y velar por la reparación integral, disposición jurídica que por su celeridad y concentración abona indefectiblemente a enmarcar las bases para un trato digno a la víctima.
12. En cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas, el Ecuador a partir del COIP, adecuó su normativa procesal a los estándares internacionales de los derechos humanos, obligación imperativa bajo un Estado constitucional de derechos y justicia en el cual la satisfacción y el reconocimiento de los derechos debe primar por sobre las formas, y en donde el cumplimiento de los fines de la Constitución será el último filtro para calificar la validez de una norma, siendo por demás razonable que la víctima de un delito pueda tener participación relevante de la proceso que se inicia por su causa.
13. Con la adopción del COIP, es verificable por sus efectos palpables, que la víctima pueda decidir si participa del proceso penal o se aparta del mismo en cualquier momento, ya que sin perjuicio de que la víctima se ausentase durante la investigación previa o incluso durante la instrucción fiscal, esta puede decidir participar del proceso en la audiencia de juicio y sus derechos no estará mermados al no haber presentado acusación particular, así actuaría prueba, podría impugnar el fallo y ser beneficiaría de la reparación integral que se establezca.
14. Pese a que la víctima es parte procesal y que la acusación particular ya no tiene el protagonismo de antaño, dentro del COIP continua otorgando a quien comparezca como acusador particular el beneficio de que el dictamen abstentivo emitido por un fiscal, deba ser consultado ante el Fiscal Provincial si el acusador particular lo requiere, derecho ajeno a la víctima sin acusación particular, disposición jurídica que no encuentra fundamento al continuar discriminando positivamente al acusador

particular, razón por la cual la acusación particular debería ser expulsada íntegramente de la legislación penal Ecuatoriana.

Bibliografía

- Aguilar Torres, Ramiro. “El recurso de apelación en materia penal”. En *Iuris Dictio*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, noviembre 2015, <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-reurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf>.
- Baquerizo Minuche, Jorge, Leuschner Luque, Erick. *Sobre Neocostitucionalismo, Principios y Ponderación*. Guayaquil: Edilex S.A., 2011.
- Carbonell, Miguel. *Introducción General al Control de la Convencionalidad* (www.biblio.juridicas.unam.mx)70.<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>
- Celotto, Alfonso. *Formas y Modelos de Justicia Constitucional, un vistazo general*, <<http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20%20Formas%20y%20modelos.pdf>>
- Cuéllar Alas, Cristóbal. “La Acusación Fiscal y su Control Jurisdiccional en el Proceso Penal Salvadoreño” (tesis de grado, Universidad De El Salvador, 2000), <<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/5101fa2098069b0506257577004f8e83?OpenDocument>>.
- De Piñeres Botero, Carolina Gutiérrez, Elisa Coronel y Carlos Andrés Pérez. *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*, citando por J. Sampedro, *Escritos sobre el proceso penal desde la victimología*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 1998, <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006>.
- Fiscalía General del Estado. *Vademecún Victimológico*. Quito: GR Gráficas, 2010.
- Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas* (ciclo de Conferencias dictadas en Río de Janeiro del 21 de mayo al 25 de mayo de 1973 en la Pontificia Universidad Católica do Río de Janeiro), <https://docs.google.com/file/d/0B6PUD2igYgiSak16aklFOHFzYUE/i=1>
- Frühling, Michael. “Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos humanos” (intervención, Bogotá, 10

- de febrero de 2004),
<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pd>
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”. En Juan Montaña Piña, comp., *Apuntes de Derecho Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derechos Constitucional, 2012.
- Guerrero Vivanco, Walter. *La Acción Penal Tomo II*. Quito: Pudeleco, 2004.
- Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor: *Derecho Procesal, Proceso Penal*. citado por Cristóbal Cuéllar Alas, “La Acusación Fiscal y su Control Jurisdiccional en el Proceso Penal Salvadoreño,(tesis de grado, Universidad De El Salvador) 2000.<<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/5101fa2098069b0506257577004f8e83?OpenDocument>
- Landrove Díaz, Gerardo. *Victimología*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 1990.
- Leyton Jiménez, José Francisco. *Víctimas, proceso penal y reparación*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2008.
- Longo, Paolo. “Constitución y Proceso”. En Jesús María Casal y Mariana Zerpa Morloy, comp. *Tendencias Actuales del Derecho Procesal*. Caracas: Editorial UAB, 2007.
- Morillas Fernández, David Lorenzo, Rosa María Patro Hernández y Marta María Aguilar Cárceles. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2a. ed. Madrid: Dykinson, 2011.
- Oyarte Martínez, Rafael. “La Supremacía Constitucional”. En *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional – Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- Quinche Ramirez, Manuel Fernando. *El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano*. <<http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed. Madrid: Espasa, 2001.
- Reyna Alfaro, Luis M. “La víctima en el proceso penal”. En Bernd Schumann, comp. *La víctima en el proceso penal*. Lima: Editorial Grijley, 2006.

- Rojas Báez, Julio José. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos*, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>>.
- Sagüés, Néstor "El —control de convencionalidad‡ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo", en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>>, 396, (fecha de consulta: 22 de octubre de 2013).
- Silva Sánchez, Jesús María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Barcelona: Ábaco, 1998.
- Vaca Andrade, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Vargas, Abraham L. *Estudios de Derecho Procesal*. Mendoza: Ediciones Cuyo, 1999.
- Yépez Andrade, Mariana. *Principio de Oportunidad en Ecuador*. Quito: Fundación Andrade, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Zúñiga Calabaceta, Verny Enrique. "La Victimología desde la perspectiva de los derechos humanos" (tesis, México D. F.: Universidad Iberoamericana, 2005).

Documentos jurídicos

- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.
- Código de Hammurabi (s. c.: Editorial Luarna, s. f.), documento electrónico, <<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [*Caso Gangaram Panday vs. Surinam*]. Sentencia, 21 de enero de 1994, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [*Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*]. Sentencia, 27 de agosto de 1998,

- <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [*Caso La Cantuta vs. Perú*]. Sentencia, 30 de noviembre de 2007,
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [*Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*]. Sentencia, 1 de septiembre de 2010,
- http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [*Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*]. Sentencia, 25 de noviembre de 2003,
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. [*Caso Tibi vs Ecuador*]. Sentencia, 7 de septiembre del 2004,
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- Ecuador. Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Guayas, [Auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados], dentro del proceso penal No.0024-2013, en <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Ecuador. Juzgado Primero de Garantías Penales de Imbabura. [Auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado dentro del proceso en favor de Mario Torres Morejón No. 10251-2011-1527 en proceso penal por delito de odio] en <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-718/12, citando las sentencias C-384 de 2000, MP Naranjo Mesa, C-650 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y C-540 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-718-12.htm>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-260/11,
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-260-11.htm>.
- Ecuador. Código de Procedimiento Penal. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 360, 13 de enero de 2000.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal. Sentencia No. 738-2010. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 619, 16 de septiembre del 2014.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal. Sentencia No. 891-2010. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 165, 16 de septiembre del 2014.

Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (Viena, 28 de abril a 9 de mayo de 1997),

<<http://www.uncjin.org/Documents/6comm/16s.pdf>>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos),

<http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

[32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecu](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecu)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (1985),

<https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_0.